Interzessionsfälle des geltenden Rechts

Inwieweit ist Bürgschaftsrecht analog anwendbar, insbesondere § 774 BGB?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Gertrud Müller
Referendar in Stuttgart

Universitätsverlag von Robert Noske in Borna-Leipzig
1928

Referent: Professor Dr. von Heck

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Inhalt

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt.

Der Begriff der Interzession im römischen Privatrecht.

§ 2. Quellenstellen — Bedeutung des Senatus Consultum Vellejanum für die Ausbildung des Begriffs der Interzession — die Definition der „intercessio" in der Literatur des gemeinen Rechts 4
§ 3. Das gemeinsame Wesen der Interzessionsfälle; die fide jussio und mutui datio pro alio 7
§ 4. Fortsetzung: Übersicht über die äußeren Formen der Interzessionsfälle im römischen Recht 12
§ 5. Die Gestaltung des Innenverhältnisses bei den Interzessionsfällen; die Übersetzung des Begriffs „intercessio" 17
§ 6. Gehören die Fälle der Zahlung einer fremden Schuld zur Interzession? 19
§ 7. Die Entwicklung des spätrömischen Rechts: die Einführung einer bestimmten Form und eines Verbots für die intercessio mulieris im besonderen 21

II. Abschnitt.

Interzessionsfälle des geltenden Rechts; ihre rechtliche Behandlung in bezug auf Form und Rückgriff.

§ 8. Aufbau der Arbeit 22

1. Kapitel.

Interzessionsfälle des geltenden Rechts.

I. Das Eintreten neben die Schuld eines Dritten: intercessio cumulativa.

§ 9. Bürgschaft und Kreditauftrag; Abgrenzung der Bürgschaft vom Garantievertrag 24
§ 10. Fortsetzung: Das Einstehen für die Güte einer Hypothek 33
§ 11. Die Pfandbestellung für fremde Schuld 36
§ 12. Die kumulative Schuldübernahme 38
§ 13. Das Eintreten für fremde Schuld durch Übernahme einer abstrakten Verpflichtung im Sinn der §§ 780 ff. BGB., insbesondere die Fälle der wechselmäßigen Interzession 41

II. Das Eintreten für die Schuld eines Dritten ohne Weiterhaftung des Dritten: intercessio privativa.

§ 14. 43

Seite

III. Die Interzession durch Alleinverpflichtung.

§ 15. 44

2. Kapitel.

Die Lösung des Problems der Form bei den Interzessionsfällen des geltenden Rechts.

§ 16. Die Bestimmung des § 766 BGB. 45
§ 17. Die Durchführung der Formvorschrift bei Bürgschaft und Kreditauftrag im geltenden Recht 47
§ 18. Weitere Grenzen für die Übertragbarkeit der Bestimmung des § 766 BGB. auf andere Interzessionsfälle 49

3. Kapitel.

Das Problem des Rückgriffs: Inwieweit ist eine analoge Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB. auf die Interzessionsfälle des geltenden Rechts gerechtfertigt?

§ 19. Die Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB. Interessenlage und Konstruktionsfragen 52
§ 20. Die besondere gesetzliche Regelung bei der Pfandbestellung für fremde Schuld 56
§ 21. Der Rückgriff bei den Fällen der Interzession durch abstraktes Schuldversprechen, insbesondere bei der wechselmäßigen Interzession 58
§ 22. Die Fälle des „sogen. Garantievertrags“ 67
§ 23. Grenzen der analogen Anwendbarkeit des § 774 Abs. 1 in den Fällen des privativen Eintretens für fremde Schuld und bei der Interzession durch Alleinverpflichtung 72

Anhang zum 1.—3. Kapitel.

§ 24. Die Zahlung einer materiell fremden Schuld 75

4. Kapitel.

Das Verhältnis mehrerer Interzedenten untereinander:

I. Bei Übernahme gleichartiger Verpflichtungen.

§ 25. Mitbürgschaft 80
§ 26. Das Zusammentreffen mehrerer Interzedenten, die sich für eine materiell fremde Schuld abstrakt verpflichtet haben 80
§ 27. Das Zusammentreffen mehrerer Interzedenten, die durch Bestellung eines Pfandes für die Schuld eines Dritten eingetreten sind . . 83

II. Bei Übernahme ungleichartiger Verpflichtungen.

§ 28. Das Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandbestellung für eine materiell fremde Schuld 86

Literatur

Bachofen, Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts. I. Abhandlung: Das Vellejanische Senatusconsult. Bonn 1848.

v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung. Göttingen 1895.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2, 1. Abt. 2. Aufl. Erlangen 1879. (zit.: Pand.)

Corpus juris civilis, a) Bd. I u. II (Institutiones, Digesta und Codex Justinianus) herausgegeben von Krüger/Mommsen, 7./8. Aufl. Berlin 1890 bis 1899. — Zitierweise bei Digesten und Codex nach Leges, §§, Buch und Titel, z. B. L. 2 § 1 D. 16, 1 = Lex 2 § 1 (Digesten) Buch 16 Titel 1. — b) Bd. III (Novellae) herausgegeben von Schöll/Kroll. 2. Aufl. Berlin 1899. — Zitierweise nach Zahl und Kapitel.

Dernburg, System des römischen Rechts, der Pandekten. 8. Aufl. Berlin 1912. (zit.: System.)

Deurer, Über den Begriff der Interzession. ACivPr. Bd. 28 (alte Folge) S. 407 f., 1846.

Girard, Geschichte und System des römischen Rechts (Manuel élémentaire de droit romain). Übersetzt und mit Zusätzen versehen von Mayr. I. u. II. Teil. Berlin 1908.

Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten. Bd. 14, 1. Abt. Erlangen 1813.

Gradenwitz, Otto, Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin 1887.

Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Interzession. Göttingen 1856.

Heumann/Seckel, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 9. Aufl. Jena 1914.

Leonhard in Pauly-Wissowa, Real-Encyklopädie der Klassischen Altertumswissenschaft Bd. 9 S. 1603—1608, Stuttgart 1916.

Puchta/Krüger, Cursus der Institutionen, System und Geschichte des römischen Privatrechts. Bd. II. 10. Aufl. Leipzig 1893. (zit.: Puchta, Inst.)

Puchta, Pandekten. 12. Aufl. Leipzig 1877. (zit.: Pand.)

Sintenis, Von Interzessionen überhaupt und einigen Arten derselben im besonderen. In Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und Schröter, Bd. 10 S. 38 ff., Gießen 1837.

Sohm, Rudolph, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts. 14. Aufl. Leipzig 1911. (zit.: System.)

v. Tuhr, Actio de in rem verso, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung. Freiburg u. Leipzig 1895.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. III. 7. Aufl. 1876. (zit.: Pand.)

Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 8. Aufl. 1900. (zit.: Windscheid, Pand.)
Windscheid, Über das Princip des Senatus Consultum Vellejanum. ACivPr. Bd. 32 (alte Folge) S. 283 ff., 1849.

Bendix, Der Kreditauftrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. BürgA. Bd. 20 S. 155 ff.
— Zur Lehre von dem gesetzlichen Übergang der Rechte (cessio legis) im Fall des Vorhandenseins mehrerer Sicherungen. BürgA. Bd. 25 S. 84 ff.
v. Blume, Beiträge zur Erläuterung des deutschen BGB.: Zur Lehre von der Schuldübernahme. JhJ. Bd. 39 S. 390 ff.
Breit, Zur Lehre von dem Eintritt des Bürgen und des Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach dem BGB. Gruchot Bd. 48 S. 283 ff.
Cohn, Über das Verhältnis des Drittverpfänders zum Gläubiger und zum Bürgen. JurW. 1906 S. 410 ff.
Dernburg, Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 1. u. 2. Abt. 1./2. Aufl. Halle 1899/1901. (zit.: Dernburg, Schuldverhältnisse.)
Eccius, Verbürgung für eine künftige Schuld und Kreditmandat. Gruchot Bd. 46 S. 55 ff.
Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2. Abt. 12./14. Aufl. Marburg 1920. (zit.: Enneccerus.)
Fuchs, Konstruktion der Hypothek. LZ. 1920 S. 841 ff.
v. Gierke, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, deutsches Privatrecht. Bd. II: Sachenrecht, Leipzig 1905; Bd. III: Schuldrecht, München u. Leipzig 1917.
Hagemann, Zur Frage der Haftung des Verkäufers für die Güte und Einbringlichkeit der verkauften Forderung. Recht 1908 S. 331.
v. Heck, Weshalb besteht ein von dem bürgerlichen Recht gesondertes Handelsprivatrecht? ACivPr. Bd. 92 S. 438 ff.
— Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. ACivPr. Bd. 112 S. 1 ff.
— Referat über das Werk Rudolf Schmidts: Unechte Solidarität (JhJ. Bd. 72 S. 1 ff.). ACivPr. Bd. 122 S. 131 ff.
Hruza, Korrealobligation und Verwandtes nach der 2. Lesung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. SächsA. Bd. 5 S. 193 ff. (Leipzig 1895).
Koban, Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.
Kremer, Mitbürgschaft. Straßburg 1902.
Lippmann, Der Kreditauftrag des bürgerlichen Gesetzbuchs. JhJ. Bd. 48 S. 315 ff.
Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme. Gruchot Bd. 49 S. 181 ff.
— Entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 im Fall des § 1225 BGB. DJZ. 1903 S. 543 ff.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. für das Deutsche Reich, herausgegeben und bearbeitet von Mugdan. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899. (zitiert: Mugdan.)

Oertmann, Kommentar zum BGB., Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. Berlin 1906.
— Zahlung fremder Schulden. ACivPr. Bd. 82 S. 367 ff.
Opet/Blume, Kommentar zum Familienrecht des BGB. Berlin 1906.
Planck, Kommentar zum BGB. Bd. II, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914; Bd. II, 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1923/1927; Bd. III, 2. Hälfte, 4. Aufl., Berlin-Leipzig 1920. (zit.: Planck.)
Reichel, Die Schuldmitübernahme. München 1909.
— Regreß des Schuldintervenienten im Sinn von § 267 BGB. Recht 1906 S. 1237 f. (Bericht über einen Vortrag Reichels in der Sitzung der Juristischen Gesellschaft zu Leipzig vom 24. 10. 1906 von R. A. Kaufmann.)
— Zum Bürgschaftsrecht. Recht 1913 S. 429 ff.
Reichsgerichtsräte-Kommentar, Das bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. Bd. I, II u. III. 6. Aufl. Berlin u. Leipzig 1928. (zit.: RGRKomm.)
Schmidt, Unechte Solidarität. JhJ. Bd. 72 S. 1 ff.
Schneider, Das Eintreten neben die Schuld eines Andern (intercessio cumulativa). In Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 5. Jahrg. 1909 S. 2 und S. 33 ff.
Schulz, Fritz, Rückgriff und Weitergriff, Studien zur gesetzlichen und notwendigen Cession. In Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechts, herausgegeben von Rudolf Leonhard, 21. Heft, Breslau 1907.
— System der Rechte auf den Eingriffserwerb. ACivPr. Bd. 105 S. 1 ff.
Siber, Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht. JhJ. Bd. 50 S. 55 ff.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Unter Verwertung der gesamten Rechtsprechung und Rechtslehre. Bd. I. Berlin, Stuttgart u. Leipzig 1926. (zit.: Soergel.)
Stammler, Der Garantievertrag. ACivPr. Bd. 69 S. 1 ff.
Staub/Könige, Kommentar zum HGB. Bd. 3. 12./13. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Staub/Stranz, Kommentar zur Wechselordnung. 11. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. Bd. II, 2. Lief. 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1927; Bd. II, 2. Hälfte 3./4. Aufl. 1908; Bd. III, 2. Teil 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1926.
Sternberg, Die Verteilung der Haftungslast bei mehrfacher Sicherung einer Forderung. Gruchot Bd. 52 S. 545 ff.
Strohal, Zur Lehre vom Eintritt des Bürgen und Drittverpfänders in die Rechte des befriedigten Gläubigers nach BGB. DJZ. 1903 S. 373 ff.
— Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Betrachtung. JhJ. Bd. 61 S. 59 ff.
Thiel, Pfandbestellung für fremde Schuld und Bürgschaft. Straßburger Diss. 1916.
v. Tuhr, Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. II, 2. Hälfte, München u. Leipzig 1918. (In: Binding, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft X. Abt., 1. Teil, Bd. 3.)
Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Rechts- und staatswissenschaftliche Studien Heft 33, Berlin 1908.

Wienstein, Inwiefern gibt es nach geltendem Recht einen besonders gearteten Garantievertrag? BürgA. Bd. 31 S. 1 ff.
Würzburger, Über die Haftung des Cedenten für Güte und Einbringlichkeit einer Forderung. Gruchot Bd. 51 S. 721 ff.
Wolff-Enneccerus-Kipp, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II, 1. Abt.: Sachenrecht. 12./14. Aufl. Marburg 1921. (zit.: Wolff, Sachenrecht.)

Abkürzungen.

ACivPr. = Archiv für die zivilistische Praxis.
ALR. = Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten von 1794.
Anm. = Anmerkung.
BayZ. = Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
Bem. = Bemerkung.
Bolze = Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
BürgA. = Archiv für bürgerliches Recht.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
JhJ. = Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
Gruchot = Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, gegründet von J. Gruchot.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
H. M. = Herrschende Meinung.
JurW. = Juristische Wochenschrift, zitiert nach Jahrgang, Seitenzahl und Nummer der Entscheidung.
Komm. = Kommentar.
KommBer. = Bericht der XII. Kommission des Reichstags (eingesetzt zur Beratung des Entwurfs (Schuldverhältnisse) des BGB.).
KonkO. = Konkursordnung.
LZ = Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
OLG. = Oberlandesgericht.
Recht = Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG. = Reichsgericht.
RGE. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
ROHG. = Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
SchweizOblR. = Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911.
SächsA. = Sächsisches Archiv für Rechtspflege.
SeuffA. = Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, zitiert nach Band und Nummer.
Vorbem. = Vorbemerkung.
Warn. = Warneyer, Rechtsprechung des Reichsgerichts, zitiert nach Jahrgang und Nummer.
WO. = Wechselordnung.

§ 1.

Einleitung.

Der Begriff der Interzession stammt aus dem römischen Recht. Aus der Grundbedeutung des Wortes „intercedere" — Dazwischentreten — haben sich im römischen Recht eine Reihe von übertragenen Bedeutungen entwickelt. Dabei lassen sich zwei Hauptanwendungsgebiete unterscheiden:

1. Die intercessio des römischen Staatsrechts;
2. die intercessio des römischen Privatrechts.

Was den Begriff im römischen Staatsrecht betrifft, so mag es im Rahmen dieser Darstellung genügen, auf das Interzessionsrecht der Magistrate, insbesondere der Volkstribunen, hinzuweisen. Das jus intercessionis der Volkstribunen war das Recht des Einschreitens gegen jede Amtshandlung eines Magistrats. Der Begriff der Interzession in diesem Sinne scheidet aus der Abhandlung aus. Mit der Interzession des röm. Privatrechts hat sich die gemeinrechtliche Literatur, insbesondere im Hinblick auf das Verbot der intercessio mulieris durch das Senatus Consultum Vellejanum beschäftigt. Als Beispielsfall der Interzession in diesem Sinn wurde im röm. und im gemeinen Recht die Bürgschaft behandelt.

Das BGB. hat eine besondere Vorschrift über die Interzessionen nicht aufgenommen. Die Motive zum BGB. erwähnen zwar den Begriff der Interzession im Anschluß an die Lehre von der Bürgschaft. Die Aufstellung besonderer Bestimmungen wurde aber abgelehnt im Hinblick darauf, daß die Interzession der Frauen besonderen Beschränkungen nicht mehr unterworfen sei; vgl. Mugdan II S. 367: „die Bürgschaft gehört dem weiteren Gebiet der Interzession an. Über die letztere besondere Bestimmungen in das BGB. aufzunehmen, ist jedoch entbehrlich. Derartige Vorschriften wären nur erforderlich, wenn für die Interzession die eine oder andere positive Anordnung nötig sein sollte, deren Tragweite der näheren Feststellung oder Begrenzung bedürfte. Diese Voraussetzung würde namentlich gegeben sein, sofern die Interzession der Frauen besonderen Beschränkungen zu unterwerfen

wäre. Hievon kann jedoch ... nicht die Rede sein. Auch in anderer Hinsicht ist jene Voraussetzung als zutreffend nicht anzuerkennen".

Diese Stellungnahme der Gesetzgeber des BGB. hat in der Literatur teilweise direkte Billigung[1]) gefunden. Im übrigen enthält sich die große Masse der Kommentare und Lehrbücher zum BGB. jeglicher Kritik; sie beschränkt sich, soweit überhaupt ein Hinweis auf die Interzession erfolgt, in der Regel darauf, den Begriff beiläufig, meist im Anschluß an die Darstellung der Lehre von der Bürgschaft, zu erwähnen, ohne auf das Wesen der Interzessionsfälle im einzelnen näher einzugehen[2]). Nur vereinzelt[3]) hat der Standpunkt der Motive zum BGB., daß „auch in anderer Hinsicht" eine besondere Regelung der Interzession nicht erforderlich gewesen sei, Ablehnung erfahren. So bezeichnet es Schneider[4]) insbesondere im Hinblick auf die intercessio cumulativa als „empfindliche Lücke des BGB.", daß darin das Eintreten neben die Schuld eines andern nicht im allgemeinen, sondern nur bruchstückweise in den Bestimmungen über Bürgschaft, Kreditauftrag und Verpfändung für fremde Schuld behandelt sei.

Im Hinblick auf diese dürftige Behandlung der Interzession in Gesetz und Literatur könnte der Schluß naheliegen, daß der Begriff der Interzession überhaupt der Vergangenheit angehört. Dies trifft jedoch nicht zu. Die Rechtsprechung der obersten Gerichte, namentlich des Reichsgerichts[5]), bezeichnet noch in neuester Zeit gewisse Tatbestände, insbesondere die Zeichnung von sog. Garantiewechseln, als Interzessionen. Bei der praktischen Behandlung dieser Fälle macht sich nun aber eben der Mangel einer gesetzlichen Regelung der Interzession im allgemeinen besonders bemerkbar. Es ist nämlich bestritten — nicht nur für die wechselmäßige Interzession, sondern auch für andere[6]) Fälle, die, wie wir sehen werden, der Interzession zuzuzählen sind —, welche gesetzlichen Regeln zur Anwendung kommen sollen. Dabei erscheint es fraglich, ob die Interzessionsfälle unter im Gesetz geregelte Tatbestände unmittelbar zu subsumieren sind[7]) oder ob eine

[1]) Vgl. insbesondere Oertmann, Komm. z. BGB. Vorbem. vor § 765.

[2]) Vgl. Staudinger, Komm. z. BGB. II, 2, 3./4. Aufl. 1908, Vorbem. vor § 765, Bem. 6a; Planck, Komm. z. BGB. II, 2 Vorbem. vor § 765 Anm. I; Planck, Komm. z. BGB. III, 2 § 1225 Anm. 2c; Enneccerus, Lehrb. I, 2, § 417, S. 562; v. Tuhr, Allgem. Teil des deutschen bürgerl. Rechts, Bd. II, 2. Hälfte, S. 175 ff.

[3]) Vgl. Reichel, Schuldmitübernahme S. 20 ff.; Schneider, BayZ. S. 2.

[4]) a. a. O. S. 2.

[5]) Vgl. insbes. RGE. 94/85; 96/136.

[6]) Vgl. z. B. RGE. 93/234.

[7]) z. B. unter das Recht der Gesamtschuldverhältnisse oder der Bürgschaft, vgl. RGE. 96/136 einerseits, RGE. 93/234 andererseits.

wirkliche Lücke im Gesetz vorhanden ist und welche gesetzlichen Bestimmungen in diesem Fall analog zur Anwendung kommen müssen. Das Ergebnis des RG. im Fall der wechselmäßigen Interzession, aber auch in andern hierher gehörigen Fällen, ist m. E. nicht befriedigend[8]). Eine Stellungnahme zu der rechtlichen Behandlung der Interzessionsfälle, insbesondere eine Entscheidung darüber, ob und welche gesetzlichen Vorschriften, da das Gesetz keine ausdrückliche Regelung gibt, analog anwendbar sind, dürfte daher gerechtfertigt sein.

Für die Betrachtung des geltenden Rechts wird der im Gesetz geregelte Fall der Interzession, die Bürgschaft, einen Ausgangspunkt bilden. Es liegt nun nahe, Bürgschaftsvorschriften auch auf andere Fälle, die unter den gemeinsamen Oberbegriff der Interzession gehören, analog anzuwenden. Der Analogie sind aber Grenzen gezogen. Sie ist nur gerechtfertigt, soweit die Interessenlage die gleiche ist[9]); in diesem Fall aber erscheint sie am Platz. Um nun die gemeinsame Interessenlage bei den Interzessionsfällen zu erkennen, ist eine Vergleichung der verschiedenen Interzessionstatbestände notwendig. Diese ist aber erst denkbar, wenn zunächst einmal feststeht, welche Fälle heute unter den Begriff der Interzession gebracht werden können. Ein tieferes Eindringen in das Gebiet der Interzession des geltenden Rechts ist aber bei dem nahezu völligen Fehlen von Anhaltspunkten in der Literatur zum BGB. nur möglich durch ein Zurückgehen auf die Interzession des röm. Rechts. Die Untersuchung der röm.-rechtlichen Interzessionsfälle soll zugleich Aufschluß darüber bieten, welche gemeinsamen Probleme bei den hierher gehörigen Fällen wiederkehren, so daß die Bildung eines zusammenfassenden Oberbegriffs gerechtfertigt war. An die Interzessionsfälle des röm. Rechts wird sich eine Untersuchung über die heute noch möglichen Formen der Interzession anschließen. Dabei ist bei der Darstellung der Interzessionsfälle im einzelnen weder für das röm. noch für das heutige Recht eine vollständige Aufzählung aller in Betracht kommenden Fälle beabsichtigt. Erst wenn auf diese Weise eine gewisse Grundlage geschaffen ist, werden sich die oben angeschnittenen Fragen, nämlich die rechtliche Behandlung der Interzessionsfälle, im einzelnen beantworten lassen. Erst dann ist insbesondere auch eine Stellungnahme ermöglicht zu der Frage, inwieweit eine Übertragung der Bürgschaftsvorschriften in Betracht kommt.

---

[8]) Vgl. insbes. die zit. RGE.
[9]) Vgl. von Heck, ACivPr. Bd. 112/194 f.

I. Abschnitt.

Der Begriff der Interzession im römischen Privatrecht.

§ 2.

Quellenstellen — Bedeutung des Senatus Consultum Vellejanum für die Ausbildung des Begriffs der Interzession — die Definition der „intercessio" in der Literatur des gemeinen Rechts.

1. Quellenstellen.

Welche Fälle im röm. Recht zuerst als Interzessionen bezeichnet wurden, läßt sich heute nicht mehr feststellen. Das corpus juris civilis Justinians gibt uns nur Anhaltspunkte dafür, welche Tatbestände im entwickelten röm. und späteröm. Recht unter den Interzessionsbegriff fielen. Es ist möglich, daß die Interzession[1]) im Prozeß — das Auftreten als defensor, vindex, praes[1a]) für einen andern — den Anstoß zu der Bildung des gemeinsamen Oberbegriffes und den Ausgangspunkt für die späteren Fälle des Privatrechts gebildet hat[2]). Sichere Anhaltspunkte sind aber hierfür nicht gegeben. Im Hinblick auf die Grundbedeutung des Wortes intercedere — Dazwischentreten eines Dritten zwischen zwei andere — liegt immerhin die Annahme nahe, daß die Fälle zuerst als I. bezeichnet wurden, bei denen wie bei dem Auftreten als vindex das Dazwischentreten auch äußerlich in die Augen fiel. Dies war insbesondere bei der Bürgschaft der Fall. In den Quellenstellen wird die Bürgschaft — im späteröm. Recht in der Form der fidejussio — wiederholt als Fall der I. genannt, vgl. das fidejussorem seu mandatorem bzw. das fidejussorio seu mandatorio nomine intercedere[3]). Neben dem fidejussor war also auch der mandator Interzedent, d. h. eine Person, die dem Gläubiger den Auftrag gab, einer dritten Person Geld zu leihen, auf ihre, d. h. die Gefahr des Mandators hin. In beiden Fällen, der fidejussio und dem sog. mandatum qualificatum, trat das Eintreten des Interzedenten für den Dritten nach außen hervor. Im entwickelten röm. Recht war es für

[1]) Im folgenden I. abgekürzt.

[1a]) vindex ist derjenige, der bei der gerichtlichen Zwangsvollstreckungshandlung, der manus-injectio, für den Schuldner eintritt; praes ist der Prozeßbürge; vgl. Sohm, System S. 290 f., S. 75 f.

[2]) Vgl. hierzu Gradenwitz, Ungültigkeit oblig. Rechtsgeschäfte S. 65 f.

[3]) L. 10 Cod. 4, 35 und L. 19 Cod. 8, 40.

den Begriff der I. nun aber keineswegs wesentlich, daß das Eintreten für den Dritten auch äußerlich zur Geltung kam. Der Dritte konnte vielmehr ganz im Hintergrund bleiben und der Interzedent verhandelte allein mit dem Gläubiger. Dies war z. B. der Fall bei den mutui dationes pro aliis, d. h. den Darlehensaufnahmen für andere, vgl. L. 2 § 1 D 16, 1.

Mit dem eben erwähnten Zitat sind wir nun an eine der Hauptquellenstellen des corpus juris civilis gelangt, die von den Fällen des „intercedere" im besonderen und ausführlich handeln. In D 16,1[4]) sind von den Kompilatoren Justinians solche Juristenschriften auszugsweise zusammengestellt, die sich mit dem Senatus-Consultum-Vellejanum[4a]) befassen. Das Sct. (46 p. Chr. n.) bildete offenbar einen gewissen Abschluß einer Gesetzgebung, die den Frauen das Interzedieren verbot. Der Wortlaut des Senatsbeschlusses ist uns in L. 2 § 1 D. 16, 1 überliefert. Zeitlich vor dem Sct. liegen zwei Erlasse der Kaiser Augustus und Claudius — L. 2 pr. D. 16, 1 —, durch die, wie Ulpian berichtet, „interdictum erat, ne feminae pro viris suis intercederent".

2. Das Verbot der I. für die Frauen war für die röm. Juristen ein Anlaß, sich mit den hierher gehörigen Fällen angelegentlich zu befassen und das Sct. weiter auszubauen. Anhaltspunkte dafür, was man zur Zeit des Sct. als I. bezeichnete, gibt der Wortlaut dieses Beschlusses, der als Beispiel für die I. die fidejussiones und mutui dationes pro aliis, erwähnt, vgl. L. 2 § 1 D. 16, 1. An sich wäre es nun durchaus denkbar, daß die röm. Jurisprudenz erst im Anschluß an die kaiserlichen Edikte bzw. das Sct. die Fälle des „Eintretens der Frau für Andere" herausstellte, und diese Fälle, deren äußere Übereinstimmung in dem Verbot für Frauen lag, unter den Oberbegriff der I. zusammenfaßte. Dieser Annahme widerspricht nun aber einmal der Wortlaut des Sct. selbst, der den Begriff des „intercedere" offenbar als bekannt voraussetzt, ebenso wie der Bericht des Ulpian über die kaiserlichen Edikte. Es sind ferner die Stellen des corpus juris, in denen Juristenstellen zu dem Sct. zusammengestellt sind, keineswegs die einzigen, die Interzessionsfälle behandeln, vgl. u. a. außer den oben gen. L. 10 Cod. 4, 35 und L. 19 Cod. 8, 40 auch L. 6 § 2 D. 17, 1 (Mandati vel contra) und L. 3 §§ 5—7 D. 15, 1 (I. des Haussohnes und Sklaven). Die intercessio mulieris war demnach nur ein besonderer Fall des allgemeinen Begriffs der I. Diese Annahme hindert allerdings nicht, daß sich gerade im Anschluß an das Sct. ein engerer Begriff der I. für die Fälle herausgebildet hat, die den Frauen verboten waren. Die inter-

[4]) Vgl. auch Cod. 4, 29.
[4a]) Im folgenden Sct. abgekürzt.

cessio im engeren Sinn würde sich demnach mit dem Anwendungsgebiet des Sct. decken.

In der gemeinrechtlichen Literatur wird die Ansicht, daß der Ausdruck „intercedere" in diesem engeren und weiteren Sinn in den Quellen auftritt, von verschiedenen Schriftstellern vertreten, insbesondere von Brinz[5]), Windscheid[6]), von Thur[7]) und Hasenbalg[8]). Gradenwitz[9]) nimmt eine allmähliche Wandlung des Begriffs der I. im Sinne der Beschränkung auf die Fälle des Sct. an. Deurer[10]) geht noch einen Schritt weiter und will den juristischen Begriff der I. auf die Fälle des Sct. überhaupt beschränken. Intercessio in der juristischen Bedeutung sei nur diejenige Handlung, auf die das Sct. Anwendung leide. Als Begriffsjurist begründet er diese Ansicht mit der Erklärung, daß ein juristischer Begriff nur insofern wichtig sei, als sich auf den Begriff Rechtsgrundsätze aufbauen lassen. Für den Begriff der I. sei nun der einzige gemeinsame Rechtsgrundsatz der, daß die I. der Frauen nach dem Sct. zu beurteilen seien[11]).

Abgesehen von dieser vereinzelt dastehenden Ansicht wird in der gemeinrechtlichen Literatur überwiegend die Meinung vertreten, daß der Begriff der I. im röm. Recht eine allgemeine, über das Sct. hinausgehende, Bedeutung hatte. Worin nun freilich das Wesen der I. bestand, insbesondere, ob und welche Fälle, die unter das Sct. nicht fallen, trotzdem dem Begriff der I. zuzurechnen seien, darüber herrschte in der gemeinrechtlichen Literatur keine Übereinstimmung.

3. Fast allgemein[12]) wird in der Literatur des gemeinen Rechts der Begriff der I. mit „Übernahme einer fremden Verbindlichkeit" wiedergegeben. Dabei ist zunächst strittig, ob die Übernahme der Schuld auch in fremdem Interesse erfolgen bzw. ob die Schuld wenigstens eine materiell fremde sein müsse, oder ob das Handeln in fremdem Interesse für den Begriff der I. nicht erforderlich sei. Beide Ansichten werden vertreten, und zwar sind Anhänger der ersten Ansicht:

---

[5]) Pand. Bd. II 1. Abt. § 261 S. 230.
[6]) Pand. Bd. II § 485 Anm. 2 S. 1055.
[7]) Actio de in rem verso S. 38.
[8]) Beiträge zur Lehre von der Interzession S. 28.
[9]) a. a. O. S. 72: „Da das Bedürfnis vorhanden ist, gerade für die verbotenen Akte einen zusammenfassenden Namen zu haben, so geht der Ausdruck ‚intercessio' auf diese über und intercessio ist nur, was der Senat verboten hat."
[10]) ACivPr. Bd. 28/409.
[11]) Vgl. a. a. O. S. 408 f.
[12]) Vgl. Windscheid, Pand. Bd. II § 485 S. 1054; Dernburg, System § 340 S. 722; v. Vangerow, Pand. Bd. III § 577 S. 128; Puchta, Inst. § 265 S. 325; Puchta, Pand. § 403 S. 579.

a) Sohm[13]), Sintenis[14]) und insbesondere Brinz[15]): „nach dem Urbegriff der I. als einer Hilfe in fremder Not ist keine I. denkbar, es handle denn Jnterzedent in fremdem Interesse". Nicht so eng wie Brinz, Sohm und Sintenis fassen Dernburg und Puchta den Begriff der I. Sie stellen nicht auf das fremde Interesse ab, sie verneinen aber den Begriff der I., wenn die Schuld, die der Interzedent übernimmt, diesem nur formell fremd, materiell aber seine eigene Angelegenheit ist; nach Dernburg ist I. die Übernahme einer materiell fremden Schuld[16]); ähnlich Puchta[17]).

b) Dagegen verlangt insbesondere von Vangerow zum Begriff der I. weder das Handeln in fremdem Interesse noch daß die übernommene Schuld dem Interzedenten materiell fremd sei[18]).

Die oben angeführten Vertreter der ersten Gruppe (unter a) sind nun aber keineswegs in der Zurechnung der Einzelfälle einig; es ist z. B. bestritten, ob durch Schenkung interzediert werden kann, was Dernburg bejaht, Brinz verneint. Sodann wird es sich aber überhaupt fragen, ob die I. nur in der Übernahme einer Schuld, d. h. in einer Obligation des Interzedenten selbst bestehen kann, oder ob auch die verschiedenen Fälle der Zahlung I. sein können. Auf diese Streitfrage komme ich unten in § 6 zurück. Zunächst sollen im Anschluß an die Quellenstellen des corpus juris einzelne Interzessionsfälle dargestellt werden. Dabei wird zu untersuchen sein, inwiefern eine Übereinstimmung der verschiedenartigen Fälle vorhanden ist, die den gemeinsamen Oberbegriff der I. erklärt.

§ 3.

Das gemeinsame Wesen der Interzessionsfälle; die fidejussio und mutui datio pro alio.

Zunächst möchte ich bezüglich der Benennung der bei der I. beteiligten Personen vorausschicken, daß ich bei der Darstellung der einzelnen Fälle an folgender Bezeichnung festhalte:

1. Gläubiger,
2. Dritter,

---

[13]) a. a. O. S. 520: Interzession ist die Übernahme einer Schuldhaftung in fremdem Interesse.

[14]) Von Interzessionen überhaupt und einigen Arten derselben S. 40 f.

[15]) Pand. Bd. II, 1. Abt. § 261 S. 230 f.

[16]) System § 340 S. 722 f.

[17]) Inst. § 265 S. 325.

[18]) Pand. Bd. III § 577 S. 131.

3. Interzedent: derjenige, der für den Dritten bei dem Gläubiger eintritt.

Das Verhältnis zwischen Gläubiger und Interzedent soll mit Außenverhältnis bezeichnet werden, dem als Innenverhältnis die Beziehungen des Interzedenten zu dem Dritten gegenüberstehen. Aufgabe der folgenden Darstellung wird es sein, das gemeinsame Wesen der Interzessionsfälle festzustellen. Zu diesem Zweck wird näher zu untersuchen sein,

1. in welcher äußeren Form die I. möglich war, mit andern Worten, wie das Verhältnis zwischen Gläubiger und Interzedent beschaffen sein konnte,
2. in welchen Beziehungen Interzedent und Dritter miteinander stehen konnten, kurz: welches Innenverhältnis dem äußeren Verhältnis entsprach.

Bei der Besprechung des Innenverhältnisses wird sich Gelegenheit bieten, zu der Streitfrage des gemeinen Rechts Stellung zu nehmen, ob nämlich eine I. nur dann vorhanden ist, wenn der Interzedent in fremdem Interesse oder wenigstens für eine materiell fremde Schuld eintritt oder ob dies für den Begriff der I. nicht wesentlich ist.

Als Ausgangspunkt der Untersuchung sollen die in L 2 § 1 D 16, 1 genannten zwei Fälle dienen: die fidejussio und die mutui datio pro alio. Eine Gegenüberstellung dieser beiden äußerlich verschiedenen Fälle läßt, wie mir scheint, am besten erkennen, worin nun die Gemeinsamkeit beider Fälle liegt, so daß die röm. Juristen berechtigt waren, beide Fälle unter den Oberbegriff der I. zu bringen.

Was zunächst die fidejussio betrifft, so ist sie im corpus juris civilis als einzige Bürgschaftsform erwähnt, während das klassische römische Recht daneben noch zwei andere Formen kannte: die sponsio und fidepromissio. Bei der Bürgschaft trat der Interzedent in Rom wie heute neben die Schuld des Dritten zur Sicherung des Gläubigers. Der Sicherungszweck war nun aber nicht der einzige Zweck der Bürgschaft, vielmehr sollte, wenn wir uns das Verhältnis zwischen Bürgen und Drittem näher ansehen, in der Regel durch den Eintritt des Interzedenten in die Schuld dem Dritten Kredit verschafft oder verlängert werden, oder es sollte diesem Dritten in anderer Weise geholfen werden. Es war nun aber auch in Rom keineswegs so, daß der Bürge diese „Hilfe" auf eigene Kosten leistete; als Regel wird vielmehr in den Quellenstellen angenommen, daß der Bürge im Auftrag[1]) des Dritten handelte; in diesem Fall hatte der Interzedent zur Deckung seiner Aus-

[1]) Vgl. L. 6 § 2 D. 17, 1.

lagen die actio mandati contraria gegen den Dritten. Es war aber auch möglich, insbesondere bei Abwesenheit des Dritten, daß der Bürge als negotiorum gestor[2]) auftrat, schließlich war auch Schenkung[3]) im Innenverhältnis denkbar. Regelmäßig bestand aber das Innenverhältnis bei der fidejussio in einer Geschäftsbesorgung (Auftrag, negotiorum gestio) für den andern.

Bei der mutui datio pro alio, d. h. bei der Darlehnsaufnahme, trat der Interzedent zwar intern für einen Dritten ein, aber er nahm die Schuld dem Gläubiger gegenüber allein auf sich. Der eigentliche Hauptschuldner, nämlich der Dritte, trat überhaupt nicht in Verbindung mit dem Gläubiger. Der Begriff der I. im entwickelten röm. Recht setzt demnach, wie schon oben[4]) hervorgehoben wurde, nicht voraus, daß der Interzedent in einer nach außen sichtbaren Weise inter creditorem et debitorem tritt. Das Eintreten für den andern konnte sich vielmehr in aller Stille abspielen, weshalb in der gemeinrechtlichen Literatur diese I. auch als „intercessio tacita" bezeichnet wird. Es fragt sich nun zunächst: war das Auftreten des Interzedenten als Alleinschuldner, die sogen. „I. durch Alleinverpflichtung"[5]), nur möglich in der Form der Darlehensaufnahme für einen andern, oder kannte das röm. Recht auch andere Möglichkeiten? Von Darlehensaufnahmen zum Zweck der I. berichten die Mehrzahl der Quellenstellen, vgl.

> L. 29 pr. und L. 28 § 1 D. 16, 1: ... mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam ...

Es muß aber, wie Hasenbalg[6]) nachgewiesen hat, nicht notwendig eine Darlehnsaufnahme sein. Der Interzedent kann vielmehr durch Abschluß irgendeines andern Vertrags für den Dritten eintreten. Als Quellenbeispiel nennt Hasenbalg den Fall: L. 10 Cod. 4, 29[7]). Diese Stelle setzt in ihrer zweiten (hier allein in Betracht kommenden) Hälfte folgenden Tatbestand voraus: die Grundstücke sollen dem Mann

---

[2]) Vgl. L. 20 § 1 D. 17, 1.

[3]) Ebenso Dernburg, System § 340 S. 723 u. § 341 Anm. 8 S. 724. — A. A. Brinz, Pand. Bd. II, 1. Abt. § 261 S. 231 u. Anm. 10 S. 232: Die Schenkung ist ... des Schenkenden eigenes Geschäft, mithin keine Interzession; ebenso Leonhard in Pauly-Wissowa Bd. 9 S. 1605: die causa intercedendi unterscheide sich von der causa donandi.

[4]) S. 5.

[5]) Dieser Ausdruck stammt von Hasenbalg; er behandelt diese Fälle der Interzession eingehend in der II. Abhandlung seines Buches, S. 82 f. a. a. O.; v. Tuhr S. 63 f. a. a. O. nennt die hierher gehörigen Fälle „surrogative" oder „stellvertretende" Interzession.

[6]) a. a. O. S. 120 ff.

[7]) Vgl. hierzu auch Bachofen, Ausgewählte Lehren des röm. Civilrechts I S. 20 f.

verpachtet werden; der Gläubiger läßt sich aber nur unter der Bedingung auf den Pachtvertrag ein, daß die Frau (die persona tua a. a. O.) sich für den Pachtzins einsetzt; sie ist äußerlich Vertragskontrahentin, da sie dem Gläubiger als Schuldnerin besser geeignet erscheint, vgl. den Text ... si cum eosdem fundos non tibi, sed marito tuo locaret, personam tuam ut idoneam secutus est ... Es war demnach, wenn auf das Rechtsgeschäft, das die Interzedentin mit dem Gläubiger abschloß, gar kein Gewicht zu legen ist, eine Fülle von Möglichkeiten denkbar, in denen die Frau „interzedierte", obgleich sie nach außen als Alleinschuldnerin auftrat. I. lag nun offensichtlich aber bei all diesen Fällen dann nicht vor, wenn die Frau das Geschäft für sich abschloß, das Darlehen z. B. für sich selbst aufnahm. Zur I. wurden diese Fälle erst dann, wenn die Verbindlichkeit für einen andern übernommen wurde.

An einer Reihe von praktischen Beispielen haben die röm. Juristen insbesondere für den Fall der Darlehensaufnahme entwickelt, in welch verschiedener Weise das Eintreten für den andern bei dieser Art der I. denkbar war. Man konnte für den anderen ein Darlehen aufnehmen:

a) um es diesem als Darlehen weiter zu leihen. Der Interzedent trat dann als Mittelsmann in der Regel deshalb ein, da er mehr Kredit bei dem Gläubiger besaß als der Dritte selbst, der das Darlehen brauchte, vgl. L. 11 und L. 12 D. 16, 1: si mulier ... pecuniam acceperit alii creditura; L. 17 pr. D. 16, 1: ... si quando in hoc mulier mutuata est, ut marito crederet.
b) um die Schulden eines Dritten zu tilgen, vgl. L. 28 § 1 D. 16, 1[8]): die Frau nimmt bei Numerius ein Darlehen auf, um damit die Schulden ihres Mannes bei Sempronius zu zahlen.

Wenn wir nun aber weiter nach dem Grund des Eintretens für den andern in diesen Fällen der I. durch Alleinverpflichtung forschen, so liegt die Annahme nahe, daß hier dasselbe Innenverhältnis wie bei der Bürgschaft möglich war. Die Frau wird in der Regel für den Dritten deshalb eingetreten sein, weil dieser sie beauftragt hatte, oder weil sie die Angelegenheiten des Dritten z. B. in dessen Abwesenheit wahrnahm; ausnahmsweise war es aber auch denkbar, daß die Frau in Schenkungsabsicht für den Dritten, z. B. den Ehemann, eintrat. Das Innenverhältnis bestand also wie bei der Bürgschaft regelmäßig in einer Geschäftsbesorgung (Auftrag, negotiorum gestio). Zwischen beiden Arten der I. bestand aber der Unterschied, daß bei der Bürgschaft das Eintreten für den andern auch im äußeren Verhältnis zum Ausdruck

[8]) mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam ... solvit ... Sempronio pro marito suo.

kam, während bei der I. durch Alleinverpflichtung dieses äußere Verhältnis fehlte.

Gerade in diesem Fehlen eines der Bürgschaft entsprechenden äußeren Verhältnisses lag für eine Gesetzgebung, die den Frauen das Interzedieren verbot, eine besondere Schwierigkeit. Wenn äußere Merkmale nicht vorhanden waren, woran sollte dann der Gläubiger erkennen, daß die Frau verbotenerweise eine Verbindlichkeit für einen Dritten übernehmen wollte? Der Gläubiger, der eine Frau als Bürgin annahm, mußte auf die exceptio Sct. gefaßt sein, da bei der Bürgschaft schon im Außenverhältnis das Eintreten der Frau für einen Dritten — das Hilfsgepräge der Schuld — in die Augen fiel. Kontrahierte dagegen der Gläubiger allein mit der Frau, so war es zwar möglich, daß er die internen Beziehungen zwischen dem Dritten und der Frau kannte, d. h. im voraus von der Interzessionsabsicht der Frau wußte, vgl. z. B. L. 29 pr.[9]); es war aber ebensowohl denkbar, daß der Gläubiger überhaupt nicht wußte, daß ein Dritter bei dem Geschäft beteiligt war. In diesem Fall hat das röm. Recht dem Interesse des Gläubigers an der Gültigkeit des mit der Interzedentin abgeschlossenen Geschäftes den Vorzug gegeben. Die Frau kann sich nicht auf das Sct. berufen, wenn der Gläubiger nicht weiß, daß sie das Geschäft zu Interzessionszwecken abgeschlossen hat. Eine I. liegt zwar in diesen Fällen vor, das Sct. ist aber ausgeschlossen, vgl. L. 11 und L. 12: si mulier ... pecuniam acceperit alii creditura, non est locus senatus consulto ... Immo tunc locus est senatus consulto, cum scit creditor eam intercedere. Ferner L. 4 pr. und L. 28 § 1: in beiden Fällen ist ausdrücklich hervorgehoben, daß das Sct. nur dann der Frau, wenn sie sich allein dem Gläubiger gegenüber verpflichtet hat („ab initio" mit ihm kontrahierte), zugute kommt, wenn der Gläubiger den wahren, d. h. Interzessionscharakter des Geschäfts kannte.

Bürgschaft und I. durch Alleinverpflichtung sind im entwickelten römischen Privatrecht nicht die einzigen Fälle der I. Für die Schuld eines Dritten konnte man sich als Korrealschuldner verpflichten oder die schon bestehende Schuld des Dritten allein übernehmen; schließlich war die I. auch in der Weise möglich, daß man eigene Sachen für eine fremde Schuld zum Pfand gab. Um nun zunächst eine Übersicht über die äußeren Formen der möglichen Interzessionsfälle zu gewinnen, sollen im Anschluß an die Einteilungsweise in der gemeinrechtlichen Literatur folgende Arten unterschieden werden:

1. Privativer Eintritt in die Schuld eines Dritten, der Interzedent löst den eigentlichen Schuldner ab: expromissio.

[9]) In diesem Fall wollte der Gläubiger offenbar zunächst mit den Erben des Lucius Titius, für die die Frau später eintrat, selbst kontrahieren.

2. Kumulativer Eintritt in die Schuld eines Dritten: Pfandbestellung für eine fremde Schuld — Bürgschaft — Kreditmandat — Constitutum debiti alieni — Korrealschuld.
3. Fälle der I. durch Alleinverpflichtung[10]).

Es fragt sich, ob in all diesen Fällen daran festgehalten werden kann, daß sie in dem Verhältnis zwischen Interzedent und Dritten übereinstimmen, der Interzedent demnach in der Regel wie bei der Bürgschaft im Auftrag oder als negotiorum gestor für den Dritten eintritt.

§ 4.

Fortsetzung: Übersicht über die äußeren Formen der Interzessionsfälle im römischen Recht.

I. Privativer Eintritt in die Schuld eines Dritten: expromissio.

Bei der expromissio tritt der andere (Interzedent) in die schon bestehende Schuld eines Dritten in der Weise ein, daß dieser befreit wird. Der andere verpflichtet sich dem Gläubiger gegenüber durch Stipulation zu der Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten. Es fragt sich nun, ob in Rom alle Fälle der Expromission zugleich unter den Begriff der I. fielen oder ob Anhaltspunkte dafür gegeben sind, daß nur die Fälle von den römischen Juristen als I. bezeichnet wurden, bei denen der Schuldübernehmer wie in den Regelfällen der Bürgschaft im Auftrag des Dritten gehandelt hatte, ohne selbst an der Schuld materiell beteiligt zu sein.

Der Anlaß zu einer Schuldübernahme war wohl in Rom (wie heute) hauptsächlich dann gegeben, wenn irgendwelche Vermögensgüter von einer Person auf eine andere übergingen. Als Beispiel in dieser Richtung nennen die Quellen in L. 13 pr. D. 16, 1 den Erbschaftskauf[1]). In diesem Fall nahm die Frau zwar formell eine fremde Obligation auf sich, in Wirklichkeit aber handelte es sich um eine Schuld, zu deren Erfüllung die Frau auf Grund des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrags verpflichtet war. Bei dieser Sachlage verneint Gajus a. a. O. die Anwendbarkeit des Sct., „cum prima facie quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat". Das gleiche Beispiel behandelt

---

[10]) In der gemeinrechtlichen Literatur werden gewöhnlich diese Fälle unter Ziff. 1 gestellt; vgl. Dernburg, System § 340 S. 722; Windscheid, Pand. § 485 Anm. 11 u. 12 S. 1058; Brinz, Pand. Bd. II, 1. Abt. § 262 Anm. 9 u. 11 S. 236.

[1]) ... si (mulier) hereditatem emerit et aes alienum hereditarium in se transcribat; vgl. auch L. 3 D. 16, 1.

Paulus in L. 3 D. 16, 1 für den Fall der Defension, der prozessualen [2]) Schuldübertragung. Paulus geht nun aber noch einen Schritt weiter als Gajus, er verneint nicht nur die Anwendbarkeit des Sct., sondern direkt den Begriff der I.: wenn die Frau denjenigen verteidigt, der ihr eine Erbschaft verkauft hat, „intercedere non videtur" [3]). Hienach erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß die röm. Juristen in Fällen, in denen zwar äußerlich die Form des Eintretens für einen andern bestand (nämlich das defendere bzw. expromittere), der Sache nach (re vera) aber der Übernehmer der Schuld der eigentliche Schuldner war, den Begriff der I. verneint haben.

Es gibt nun aber nicht nur bei der expromissio (und der defensio) Fälle, in denen nur äußerlich das Eintreten für eine fremde Schuld besteht. Dieses formelle Einstehen für eine fremde Schuld ist auch bei der Bürgschaft möglich, vgl. L. 5 pr. D. 34, 3 [4]). Bei der Bürgschaft werden nun allerdings (ebenso wie heute) die Fälle eine Ausnahme gebildet haben, in denen der Bürge materiell der Hauptbeteiligte an der Sache war. Die Regel war vielmehr, daß der Bürge im Auftrag für einen andern eintrat. Daher ist es aber auch durchaus denkbar, daß unter dem „fidejussorio nomine intercedere" nur diese Regelfälle zusammengefaßt wurden. Im Hinblick auf die in L. 3 D. 16, 1 getroffene Entscheidung mußte jedenfalls Paulus den Begriff der Interzession bei der rein „formellen" Bürgschaft verneinen. Modestinus behandelt nun in L. 25 § 1 D. 16, 1 den L. 3 und L. 13 pr. entsprechenden Fall bei der Bürgschaft; er erklärt, das Sct. sei dann nicht anzuwenden, wenn der Bürge „pro suo negotio" die Bürgschaft geleistet habe. Ob auch Modestinus den Begriff der I. wie Paulus verneinen wollte, läßt sich aus der Stelle nicht entnehmen.

In der Literatur des gemeinen Rechts wird nun eben im Anschluß an diese Fälle, L. 3, L. 13 pr. und L. 25 § 1 D. 16, 1 überwiegend [5]) die Meinung vertreten, daß die intercessio „in rem suam" keine I. sei.

---

[2]) v. Blume, Novation, Delegation und Schuldübertragung S. 48 f., S. 51: Novation und Defension dienten ... zur Ausführung der Schuldübertragung; v. Tuhr a. a. O. S. 57: Privative Interzession kann in unserem Recht nur in rechtsgeschäftlicher Form durchgeführt werden: durch Expromission oder Schuldübernahme; in Rom gab es auch noch den prozessualen Weg der Defension.

[3]) ... si eum defendat, qui damnatus regressum ad eam habeat, veluti cum venditorem hereditatis sibi venditae ... defendat, intercedere non videtur.

[4]) Ulpian: ... quid si ad fidejussorem pecunia pervenerit et ipse reum dederit vice sua, ipseque fidejusserit ...

[5]) Vgl. Gradenwitz a. a. O. S. 77; Sintenis a. a. O. S. 55 f.; v. Tuhr a. a. O. S. 57; Brinz, Pand. Bd. II, 1. Abt. § 261 S. 230 f. Anm. 5: „Keine Interzession liegt vor, wo man prima facie alienam, re vera suam obligationem suscipit ...; Dernburg, System § 340 S. 723 Anm. 6: „Nicht

Wenn wir uns dieser Ansicht anschließen, so läßt sich zur Rechtfertigung dieses Standpunkts noch ein weiterer Grund anführen, nämlich die Fälle der I. durch Alleinverpflichtung. Die mutui datio ist, wie wir oben gesehen haben, dann keine I., wenn die Frau für sich selbst gehandelt hat; sie wird erst zur I., wenn das Geschäft „pro alio" eingegangen ist. Das Handeln pro alio ist aber regelmäßig äußerlich nicht sichtbar, es zeigt sich erst in der Verwendung des aufgenommenen Geldes. Darin liegt aber nicht das Entscheidende; wesentlich ist vielmehr das Verhältnis zwischen dem Darlehensnehmer (Interzedenten) und dem Dritten, aus dem das Eintreten des Interzedenten, der Abschluß des Geschäfts mit dem Gläubiger, entspringt. Bei der expromissio nun ist im Gegensatz zu den Fällen der I. durch Alleinverpflichtung „prima facie" die äußere Form des Eintretens für einen Dritten immer gegeben. Die äußere Form ist aber nicht ausschlaggebend, so wenig wie bei der mutui datio. Das Gemeinsame der expromissio und der mutui datio kann, wenn der Begriff der I. bei dem röm. Juristen folgerichtig durchgeführt wurde, nur in dem Innenverhältnis liegen. Dieses Innenverhältnis besteht aber auch bei der expromissio dann, wenn der Schuldübernehmer nicht der eigentliche Schuldner ist, in einer „Geschäftbesorgung" [6]) für den Dritten.

Im Anschluß an diese Fälle möchte ich bezüglich der Definition der intercessio des röm. Rechts der Ansicht Dernburgs vor den andern oben [7]) behandelten Meinungen den Vorzug geben. Der Interzedent ist weder bei der expromissio noch in den Regelfällen der Bürgschaft der an der Sache materiell Beteiligte. Besonders deutlich wird das Eintreten für eine materiell fremde Schuld aber in den Fällen der I. durch Alleinverpflichtung. Hier ist ohne das Handeln pro alio eine I. überhaupt nicht denkbar. Die Definition Dernburgs ziehe ich ferner der von Brinz und Sohm vertretenen vor, die m. E. zu eng ist. Der Interzedent, z. B. ein Bürge, kann für die Schuld eines Dritten deshalb eintreten, da er an dessen Unternehmen in irgendwelcher Weise interessiert ist. Er wird also zugleich in fremdem und mittelbar eigenem Interesse handeln. Es führt m. E. zu weit, bei dem Begriff der I. auf die Motive der I. zurückzugehen. Ein völlig uneigennütziges Handeln, ein Eintreten „nur" in fremdem Interesse, wird in Rom so gut wie heute die Ausnahme gebildet haben.

---

interzediert, wer der materiell Beteiligte ist ...; Puchta, Inst. § 265 S. 325 f. — A. A. v. Vangerow, Pand. § 577 S. 131 und § 581 S. 147 f.; wohl auch Hasenbalg a. a. O. S. 68 f.

[6]) Vgl. oben S. 9 und S. 10.

[7]) Vgl. oben S. 7.

II. Das kumulative Eintreten des Interzedenten neben die Schuld eines Dritten.

1. Die Pfandbestellung für eine fremde Schuld.

Der Interzedent tritt hier im Unterschied zur Bürgschaft nicht persönlich neben die Schuld eines Dritten zur Sicherstellung des Gläubigers ein, er verpfändet vielmehr eigene Sachen für eine fremde Schuld. Das Pfand selbst kann eine bewegliche Sache sein oder ein Grundstück, vgl. u. a.

L. 39 § 1 D. 6,1 ... mulierem, quae intercedens fundum pignori dedit ...; L. 8 pr. D. 16, 1: ... pignoris datio intercessionem faciat ...; L. 32 § 1 D. 16, 1: si mulier rem a se pignori datam per intercessionem ...

2. Bürgschaft, vgl. die Ausführungen oben S. 8.

3. Kreditmandat.

Das Wesen der I. ist von dem röm. Juristen mit Vorliebe an Fällen entwickelt, in denen das Kreditbedürfnis[8]) des Dritten den Anlaß zum Eintreten für diesen bildete. Der Dritte selbst erhält das Darlehen oder die Stundung vom Gläubiger nur dann, wenn ein anderer, der Interzedent, für ihn einsteht. Die I. war in diesem Fall in verschiedenen äußeren Formen denkbar; eine gewisse Zusammenfassung dieser Möglichkeiten ist in L. 19 Cod. 8, 40 gegeben: der Dritte hat das Darlehen dank der I. eines andern (der in der Quellenstelle in zweiter Person auftritt) erhalten, vgl. den Text der Stelle:

> si alienam (1) reo principaliter constituto obligationem suscepisti vel (2) fidejussorio sive (3) mandatorio vel (4) quocunque alieno nomine pro debitore intercessisti ...

Wir haben bereits oben die beiden an erster und zweiter Stelle erwähnten Formen der I. besprochen: die I. durch Alleinverpflichtung und die Bürgschaft. An dritter Stelle ist das mandatum erwähnt. Der Interzedent trat hier für den Dritten in der Weise ein, daß er sich zum voraus verpflichtete, für jeden etwa entstehenden Schaden, der dem Gläubiger aus dem Vertrag mit dem Dritten möglicherweise erwuchs, einzustehen[9]). Die I. durch mandatum war aber auch in folgender Weise möglich: der Interzedent konnte nicht dem

---

[8]) Das Kreditbedürfnis des Dritten bildet auch heute noch einen Hauptanlaß zu Interzessionsfällen; vgl. insbesondere die in RGE. 94/85, 96/136 behandelten Tatbestände.

[9]) Vgl. L. 24 D. 46, 1: Titius will für seinen Bruder Sejus bei Septicius „intervenieren" und schreibt diesem einen Brief des Inhalts: si petierit a te (Septicio) frater meus (Sejus), peto (Titius) des ei nummos fide et periculo meo ...

Gläubiger direkt, sondern einer Mittelperson den Auftrag geben, für einen Dritten einzutreten, z. B. Bürgschaft zu übernehmen. Der mandator, d. h. der eigentliche Interzedent, blieb in diesem Fall überhaupt im Hintergrund; er schob eine andere Person vor, die nach außen die I. übernahm[10]); vgl. L. 6 D. 16, 1 (Ulpian): in diesem Fall interzediert nach außen nicht der mandator, d. h. die Mutter selbst, sondern die von der Mutter beauftragten Bürgen[11]). Diese Fälle des Mandats stehen demnach, was das Außenverhältnis betrifft, in direktem Gegensatz zur I. durch Alleinverpflichtung und den übrigen Fällen, insofern der eigentliche Interzedent nach außen, d. h. mit dem Gläubiger, überhaupt nicht in Verbindung trat[12]). Zwischen Gläubiger und Interzedent tritt hier eine vierte Person, die dem Gläubiger gegenüber auftragsgemäß für den Dritten eintritt[13]).

Über den Rechtsgrund des Regresses gegen den Hauptschuldner in den Fällen der I. durch mandatum gibt. L. 10 § 11 D. 17, 1 Aufschluß: fidejussores et mandatores et si sine judicio solverint, habent actiones mandati. Im Innenverhältnis war demnach auch hier, wie bei der Bürgschaft, Auftrag denkbar. Daneben wird als Rechtsgrund des Regresses auch negotiorum gestio möglich gewesen sein.

4. Das constitutum debiti alieni.

Ähnlich wie die expromissio diente auch das constitutum debiti alieni in Rom dem Zweck der Schuldübernahme. Während aber bei der expromissio der Dritte durch Novationsstipulation des Übernehmers von der Schuld befreit wurde, blieb beim constitutum der Dritte kumulativ weiter haftbar. Der Übernehmer verpflichtete sich durch bloßes pactum neben dem Dritten zur Erfüllung der Schuld. Es war nun ebenso wie bei der expromissio möglich, daß der Übernehmer der eigentliche Hauptschuldner war; der oben für die expromissio entwickelten Ansicht entsprechend sind demnach zu dem Begriff der I. auch hier nur die Fälle zu rechnen, in denen der Übernehmer nicht der materiell Beteiligte war, sondern im Auftrag[14]) des Dritten und zur Sicherstellung des Gläubigers in das Schuldverhältnis eintrat.

---

[10]) Vgl. Gradenwitz a. a. O., insbes. S. 151.

[11]) si fidejussores pro defensore absentis filii ex mandato matris ejus intercesserint ...

[12]) Deshalb ist m. E. auch die von manchen Schriftstellern, z. B. von v. Vangerow, Pand. Bd. III § 577 S. 128 f., insbes. S. 130 f. vertretene Meinung abzulehnen, daß zum Begriff der intercessio „eine Verhandlung mit dem Gläubiger" erforderlich sei.

[13]) Vgl. auch L. 32 § 3 D. 16, 1 (Pomponius): si mulier, ne ipsa intercederet alii mandaret ut id faceret ... und L. 30 § 1 (Paulus): procurator, si mandatu mulieris pro alio intercesserit ...

[14]) Vgl. L. 5 § 3 D. 13, 5: Titius tritt im Auftrag des Sejus für

5. Die Korrealschuld.

Der Korrealschuldner verpflichtete sich wie der Bürge neben einem zweiten Schuldner, aber selbständig ohne Rücksicht auf die bestehende Schuld des andern. Interzedent ist der Korrealschuldner nur dann, wenn der andere, Mitverpflichtete, der materiell Beteiligte ist; vgl. L. 18 D. 16, 1: ... si pro debitore meo Titius et mulier duo rei intercesserint: hier stehen Titius und die Frau als Korrealschuldner für die Schuld eines Dritten (des debitors) ein.

III. Über die Fälle der sogen. I. durch Alleinverpflichtung vgl. die Ausführungen oben S. 9 ff.

§ 5.

Die Gestaltung des Innenverhältnisses bei den Interzessionsfällen; die Übersetzung des Begriffs „intercessio".

Bei der Darstellung der einzelnen Interzessionsfälle bin ich von der Bürgschaft als dem „Prototyp der Interzession"[1]) ausgegangen und habe zu entwickeln versucht, daß entsprechend den Regelfällen der Bürgschaft der Interzedent auch in den übrigen Fällen gewöhnlich im Auftrag oder als negotiorum gestor des Dritten für diesen eintritt, das Innenverhältnis der Bürgschaft also auch bei den übrigen Fällen vorliegt. Zur weiteren Unterstützung dieser Ansicht möchte ich noch auf einige Quellenstellen hinweisen, die sich mit dem Innenverhältnis der I. im besonderen befassen.

1. L. 6 § 2 D. 17, 1 (Ulpian): „Si passus sim aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi (1) pro invito quis intercesserit aut (2) donandi animo aut (3) negotium gerens, erit mandati actio.

Ulpian macht hier in erster Linie auf die Regelfälle aufmerksam: der Bürge, aber auch jeder sonstige Intervenient[2]) steht mit dem Dritten, für den er eingetreten ist, im Verhältnis des Auftrags und kann deshalb nötigenfalls mit der actio mandati (contraria) gegen den Dritten vorgehen. Nach Ulpian sind aber drei Ausnahmen denkbar: die actio mandati contraria steht dem Interzedenten nicht zu, wenn er sich wider

---

diesen ein und kündigt dies dem Gläubiger in einem Brief an: „Scripsi me secundum mandatum Seii, si quid tibi debitum adprobatum erit me tibi cauturum et soluturum ..." Julian bemerkt hiezu: „tenetur Titius de constituta pecunia."

[1]) Vgl. Reichel, Schuldmitübernahme S. 18.

[2]) Der Ausdruck „intervenire" ist hier offenbar gleichbedeutend mit dem in der zweiten Hälfte des Satzes angeführten „intercedere" gebraucht.

Willen des Dritten, in Schenkungsabsicht oder als Geschäftsführer eingemischt hat. Zweifelhaft ist die Auslegung der Stelle nur bezüglich des dritten Falls. Ist zu negotium — alienum — oder — suum — zu ergänzen. Wird — suum — ergänzt[3]), so sind zwei Ansichten denkbar:

a) Ulpian hielt die Fälle, in denen der Interzedent re vera sein eigenes Geschäft besorgte, nicht für Interzessionsfälle; er wollte aber einen kurzen Hinweis auf diese prima-facie-Interzessionsfälle geben. Dann stimmt seine Ansicht mit Paulus[4]) überein.

b) Ulpian war anderer Ansicht als Paulus, er rechnete also auch die Fälle zur I., in denen der Interzedent der materiell Beteiligte war.

Möglich ist aber auch die Ergänzung — alienum —; Ulpian macht dann darauf aufmerksam, daß der Interzedent ebenso wie der Bürge[5]) negotiorum gestor sein kann.

2. L. 16 pr., L. 21 pr. D. 16, 1; L. 23 pr. Cod. 4, 29.

Alle drei Fälle befassen sich damit, daß die Frau „interzediert", das Sct. aber keine Anwendung findet, da die Interzedentin für ihr Einstehen bereits Deckung[6]) in Händen hat. Hiermit ist durchaus vereinbar, daß die Frau „im Auftrag" des Dritten gehandelt hat, aber für die aus der Geschäftsbesorgung für den Dritten entstehenden Aufwendungen von vornherein oder nachträglich entschädigt wurde[7]). Zugleich sind die zitierten Stellen ein weiterer Beweis dafür, daß der Begriff der I. eine allgemeine, über das Sct. hinausreichende Bedeutung hatte; die I. ist, wie aus dem Text sämtlicher drei Stellen hervorgeht, unabhängig von der Anwendbarkeit des Sct.

2. In der gemeinrechtlichen Literatur wird, wie schon oben S. 6 f. hervorgehoben wurde, der Begriff der I. gewöhnlich wiedergegeben mit „Übernahme einer fremden Verbindlichkeit". Bei dieser Übersetzung liegt nun einmal die Gefahr[8]) nahe, zunächst an die Fälle

---

[3]) So die 8. Aufl. der Ausgabe des corpus juris civilis von Krüger/Mommsen 1899 Anm. 9.

[4]) in L. 3 D. 16, 1; vgl. oben S. 13 f.

[5]) Vgl. L. 20 § 1 D. 17, 1.

[6]) L. 23 pr. Cod. 4, 29: ... sancimus mulierem, si intercesserit, sive ab initio sive postea aliquid accipiens, ut sese interponat, omnimodo teneri et non posse senatus consulti Vellejani uti auxilio ...

[7]) In der gemeinrechtlichen Literatur ist die Zurechnung dieser Fälle zum Begriff der Interzession bestritten; überwiegend wird aber der Interzessionscharakter bejaht, so von Dernburg, System § 341 Anm. 12 u. 13 S. 725; Windscheid, Pand. Bd. II § 485 Anm. 24, § 486 Anm. 3 S. 1061 f.; Brinz, Pand. Bd. II, 1. Abt. § 263 Anm. 2 S. 240; Puchta, Pand. § 408 S. 587. — A. A. Sintenis a. a. O. S. 55 Anm. 5.

[8]) Auf diese Gefahr macht insbesondere Reichel, Schuldmitübernahme

zu denken, die wir heute mit „Schuldübernahme" zu bezeichnen pflegen: §§ 414 ff. BGB. Diese Fälle — die expromissio bzw. defensio und das constitutum debiti alieni — fallen aber, wie oben[9]) entwickelt wurde, nur dann unter den Begriff der I., wenn der Interzedent nicht der an der Schuld materiell Beteiligte ist. Sie sind also nicht typische Interzessionsfälle wie z. B. die Bürgschaft. Sodann aber erweckt der Ausdruck „Übernahme" einer Schuld leicht die Vorstellung, es handle sich bei der I. immer nur um Fälle, in denen eine Schuld schon besteht, die ein anderer, nämlich der Interzedent, neben oder für den Dritten übernimmt. Hierbei bleiben aber die Fälle der I. durch Alleinverpflichtung unberücksichtigt, die in den Quellen des röm. Rechts einen ziemlich breiten Raum einnehmen. Im Hinblick darauf möchte ich den Begriff der römisch-rechtlichen I. mit „Eintreten bzw. Einstehen für eine materiell fremde Schuld" wiedergeben. Ich bin mir dabei bewußt, daß auch dieser Übersetzung die Mängel des Schlagworts, das nur einige wesentliche Züge des Begriffs wiederzugeben vermag, anhaften.

§ 6.

Gehören die Fälle der Zahlung einer fremden Schuld zur Interzession?

Die Frage ist in der Literatur des gemeinen Rechts bestritten. Eine ganze Reihe von Schriftstellern verneint[1]) hier den Begriff der I. Aus den Quellenstellen[2]) geht nur soviel hervor, daß das Sct. keine Anwendung finde, wenn die Frau fremde Schulden zahle bzw. eigene Sachen zur Deckung fremder Schulden an Zahlungsstatt hingebe. Nun deckt sich aber, wie schon mehrfach erwähnt, der Begriff der I. nicht mit der Anwendbarkeit des Sct.[3]). Das Sct. ist z. B. ausgeschlossen,

---

S. 18 aufmerksam; er will deshalb Interzession mit „Schuldbeitritt" wiedergeben.

[9]) Vgl. S. 13 ff.

[1]) So Windscheid, Pand. Bd. II § 485 Anm. 5 S. 1056; Puchta, Inst. § 265 S. 326; Sohm, System S. 520; Deurer a. a. O. S. 420; Leonhard in Pauly/Wissowa Bd. 9 S. 1605. v. Tuhr a. a. O. S. 38 ff. rechnet ebenfalls die Fälle der Zahlung nicht unter den Begriff der Interzession. Interzessionen seien nur die Aufwendungen des Geschäftsführers durch Vermehrung der Passiva; Zahlung dagegen, überhaupt Aufgeben von Rechten durch den Geschäftsführer für den Geschäftsherrn, sei Aufwendung durch Verminderung der Aktiva; er faßt die letztgenannten Fälle unter dem Begriff der „Erogation" zusammen.

[2]) L. 5 und L. 8 § 5 D. 16, 1.

[3]) Hierauf macht insbes. Sintenis aufmerksam; vgl. a. a. O. S. 49 Anm. 2.

wenn der Gläubiger von der I. der Frau keine Kenntnis hat[4]) oder wenn die Frau für die I. bereits Deckung in Händen hat[5]). Die Nichtanwendbarkeit[6]) des Sct. in den Fällen der Zahlung berechtigt demnach nicht zu der Annahme, daß eine I. überhaupt nicht vorliegt. In der Tat ist kein Grund ersichtlich, warum der Interzedent nicht ebensogut wie durch Übernahme einer Obligation durch sofortige Zahlung zwischen Gläubiger und Dritten treten konnte. Auch in dieser Weise war er dem Dritten behilflich. Diese Hilfe wird er regelmäßig, da Schenkung nicht vermutet wird, ebenfalls im Auftrag oder als negotiorum gestor des Dritten geleistet haben. Auch in den Fällen der Zahlung war demnach dasselbe Innenverhältnis denkbar, das wir für die Regelfälle der Bürgschaft nachgewiesen haben. Es steht somit nichts im Wege, den Begriff der römisch-rechtlichen I. auch auf die Fälle der Zahlung einer fremden Schuld auszudehnen. Zur Stützung dieser Ansicht möchte ich insbesondere auf L. 8 § 5 D. 16, 1 hinweisen: . . . si mulier intercessura debitorem suum delegaverit, senatus consultum cessat, quia et si pecuniam numerasset, cessaret senatus consultum ... Die Anweisung des eigenen Schuldners „zum Zweck der Interzession" wird hier mit der direkten Zahlung, die offenbar ebenfalls zum Zweck der I. geschehen konnte, verglichen. Wenn sonach die I. nicht beschränkt war auf die Fälle der Übernahme einer materiell fremden Schuld, so ist auch im Hinblick darauf der oben[7]) gemachte Vorschlag gerechtfertigt, den Begriff der I. wiederzugeben mit dem Eintreten für eine fremde Verbindlichkeit.

Die Fälle der Zahlung und der Hingabe von Erfüllungsurrogaten zum Zweck der Tilgung einer materiell fremden Schuld werden ebenso wie hier unter den weiteren Begriff der I. von Brinz[8]) und insbesondere von Gradenwitz[9]) gerechnet.

---

[4]) Vgl. L. 11 und L. 12 D. 16, 1 und oben S. 11.
[5]) Vgl. L. 16 pr. u. a. und oben S. 18 f.
[6]) Einleuchtende Gründe für den Ausschluß des Sct. in den Fällen der Zahlung führt m. E. Hasenbalg a. a. O. S. 4 an: die Frau bleibe schutzlos, da sie ihr Vermögen sofort verringere . . . Ein Grund für besonderen Schutz sei nicht gegeben, da die Unmittelbarkeit des Verlustes die Frau in der Regel genügend zurückschrecken wird. Ähnlich auch Dernburg, System § 341 S. 724.
[7]) Vgl. S. 19 f.
[8]) Vgl. Pand. Bd. II, 1. Abt. § 261 S. 230, § 262 S. 235.
[9]) a. a. O. S. 69 und S. 71.

§ 7.

Die Entwicklung des spätrömischen Rechts: Die Einführung einer bestimmten Form und eines Verbots für die intercessio mulieris im besonderen.

Die Bestimmung über die I. der Frauen wurde von Justinian nach zwei Gesichtspunkten hin geändert. Da diese Änderungen von allgemeiner[1]) Bedeutung sind, möge ein kurzer Hinweis darauf im Rahmen dieser Abhandlung gestattet sein.

Die erste Änderung betrifft die Form der intercessio mulieris. Die I. der Frauen war hiernach gültig, wenn eine öffentliche, von drei Zeugen unterschriebene Urkunde errichtet wurde[2]). Diese Publizität wurde nach Ansicht von Brinz[3]) nur da verlangt, wo es einen Sinn hatte, also nicht dann, wo der Gläubiger überhaupt nicht wußte, daß die Frau interzediere. Unkenntnis des Gläubigers über den Interzessionscharakter des Geschäfts kam aber, wie wir oben[4]) gesehen haben, hauptsächlich dann in Betracht, wenn sich die Frau dem Gläubiger gegenüber allein verpflichtete, bei der sog. I. durch Alleinverpflichtung. Die I. wäre demnach in diesen Fällen nach der Ansicht von Brinz, die ich für richtig[5]) halte, unter den genannten Voraussetzungen auch weiterhin formlos gültig gewesen. Justinian selbst macht übrigens für den Fall, daß die Frau für die I. bereits Deckung in Händen hat, eine Ausnahme[6]) von der Formvorschrift.

Die zweite Änderung, die Justinian einführte, war das Verbot der I. der Ehefrauen für ihre Ehemänner[7]). Das spätrömische Recht knüpft also wieder an einen Gedanken an, der bereits in den Edikten des Kaisers Augustus und Claudius Ausdruck gefunden hatte[8]).

---

[1]) Das Problem der Form und die Interzession speziell unter Verwandten spielt auch im heutigen Recht eine Rolle, vgl. unten S. 39 und unten 2. Kapitel S. 45 ff.

[2]) Vgl. L. 23 § 2 Cod. 4, 29: ... instrumento publice confecto et a tribus testibus subsignato ...

[3]) Vgl. Pand. Bd. II, 1. Abt. § 263 S. 240 f.

[4]) Vgl. S. 11 f.

[5]) Die Frage war im gemeinen Recht bestritten. Ebenso wie Brinz: Windscheid, Pand. Bd. II § 488 Anm. 5 S. 1066; v. Vangerow, Pand. Bd. III § 581 S. 158 f.

[6]) Vgl. L. 23 pr. § 1 Cod. 4, 29: Diese Ausnahme ist ebenfalls einleuchtend; die Frau erleidet durch das Eintreten für den Dritten hier keinen Schaden; sie bedarf also weder des Schutzes des Sct. überhaupt, vgl. L. 16 pr., L. 21 pr. D. 16, 1, noch des besonderen Schutzes der Form.

[7]) Vgl. Nov. 134 Cap. 8.

[8]) Vgl. L. 2 pr. D. 16, 1: ... erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent.

II. Abschnitt.

Interzessionsfälle des geltenden Rechts; ihre rechtliche Behandlung in bezug auf Form und Rückgriff.

§ 8.

Aufbau der Arbeit.

Der Begriff der Interzession wurde im Anschluß an die Fälle des römischen Rechts[1]) mit „Eintreten eines andern für eine materiell fremde Schuld" wiedergegeben[2]). Jedes Eintreten für fremde Schuld bringt nun gewisse Gefahren für den Eintretenden mit sich. Mit Rücksicht darauf waren im römischen Recht die Frauen „propter sexus imbecillitatem" — L 2 § 2 D 16,1 — in der Übernahme von Interzessionen beschränkt. Das heutige Recht kennt ebenfalls bestimmte Schutzvorschriften bei einseitig belastenden Geschäften. Zum Schutz des Interzedenten soll heute vor allem die Vorschrift einer gewissen Form des Interzessionsgeschäftes dienen: § 766 BGB. Hierher gehört ferner die Bestimmung des § 1822 Ziffer 10: der Vormund braucht zu Interzessionsgeschäften, insbesondere zur Bürgschaft, die er für den Mündel eingehen will, die besondere Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[3]). Inwieweit diese Schutzvorschriften bei den Interzessionsfällen des geltenden Rechts durchgeführt sind, soll unten in einem besonderen Kapitel behandelt werden.

Die Betrachtung der Interzessionsfälle des römischen Rechts hat im übrigen gezeigt, daß sich der Begriff der Interzession nicht auf ein bestimmtes äußeres Verhältnis festlegen läßt, das Verhältnis zwischen Interzedenten und Gläubiger sich vielmehr verschieden gestalten kann. Dies wird auch für das geltende Recht anerkannt. Trotzdem das BGB. ausdrücklich nur die Bürgschaft als Interzessionsfall regelt, ist doch in der Rechtsprechung der obersten Gerichte hervorgehoben, daß die Bürgschaft keineswegs die einzig denkbare (äußere) Form des Eintretens für eine fremde Schuld sei; vgl. RG. JurW. 1916 S. 339: „Das

[1]) Vgl. S. 19.

[2]) Vgl. Oertmann, Komm. Vorbem. vor § 765 Anm. 1: Interzession ist Übernahme einer materiell fremden Schuld.

[3]) Vgl. hiezu Opet/Blume, Komm. zum Familienrecht des BGB. § 1822 Anm. II Ziff. 10; Reichel, Schuldmitübernahme S. 17; Ennecerus Bd. I, 2. Abt. S. 562.

Eintreten für eine fremde Schuld kann nicht nur in der Form der Bürgschaft und mit dem Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung, sondern auch auf mannigfach andere Weise vereinbart werden." Darüber, in welcher „andern" Weise dieses Eintreten im einzelnen geschehen kann, spricht sich das RG. a. a. O. nicht aus. Die folgende Darstellung wird sich demnach zunächst mit der äußeren Form der Interzessionsfälle des geltenden Rechts zu befassen haben.

Das Gemeinsame der Interzessionsfälle liegt nun, wie die geschichtliche Betrachtung weiter gezeigt hat, in der Gestaltung des Innenverhältnisses. Die Besonderheit der Interzessionsfälle besteht nämlich darin, daß nicht der Interzedent der eigentliche Schuldner ist, sondern der Dritte, auf dessen Ansuchen der Interzedent in der Regel tätig wird. Auftrag liegt demnach normalerweise auch den Interzessionsfällen des geltenden Rechts zugrunde. Daneben ist aber wie bei der Bürgschaft im Innenverhältnis Geschäftsführung ohne Auftrag, Dienstvertrag, kurz eine „Geschäftsbesorgung" im Sinn des § 675 BGB., ausnahmsweise auch Schenkung, denkbar. Die Fälle, in denen der Interzedent von sich aus ohne vorherige Aufforderung durch den Dritten für diesen eintritt, werden die Ausnahme bilden. Von der Interzession überhaupt gilt, was Koban[4]) für die Bürgschaft im besonderen ausführt, daß man regelmäßig nicht unberufen für fremde Schulden eintrete wegen der damit verbundenen Gefahr, vom Gläubiger zur Zahlung herangezogen zu werden. Die Gefahr der Inanspruchnahme durch den Gläubiger ist dann abgeschwächt, wenn der Hauptschuldner dem Interzedenten im voraus Deckung gewährt. Vorhergehende Sicherstellung des Interzedenten ist aber dem Hauptschuldner in all den Fällen, in denen sein eigenes Kreditbedürfnis den Grund für das Eintreten des andern bildet, und die auch im heutigen Recht keineswegs selten sind, in der Regel nicht möglich. Kommt es hier zu einer Inanspruchnahme des Interzedenten durch den Gläubiger, so erhebt sich die Frage: wie gestaltet sich der Rückgriff des Interzedenten gegen den eigentlichen Hauptschuldner? Die Regreßansprüche werden sich in der Regel auf das der Interzession zugrunde liegende Rechtsverhältnis — Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag usw. — stützen lassen. Bei der Bürgschaft im besonderen kommt das Gesetz dem Interesse des Interzedenten an leichter und sicherer Durchführung des Regreßanspruchs gegen den Hauptschuldner durch die Vorschrift des § 774 BGB. entgegen. Da nun das Problem des Rückgriffs in gleicher Weise wie bei der Bürgschaft auch bei den andern Interzessionsfällen wiederkehrt, wird es sich fragen, inwieweit eine analoge Anwendung dieser Bestimmung des Bürgschaftsrechts in Betracht kommt.

[4]) Regreß des Bürgen S. 86.

Es ist nun außerdem denkbar, daß für eine fremde Schuld nicht nur ein Interzedent, sondern mehrere Interzedenten eintreten. In diesem Fall entsteht die Frage: wie gestaltet sich die Haftung dieser mehreren Interzedenten dem Gläubiger gegenüber? Sind die mehreren Interzedenten, falls einer von ihnen den Gläubiger in vollem Umfang befriedigt, im Innenverhältnis einander zum Ausgleich verpflichtet? Das Problem des Rückgriffs wird somit in diesem Fall nicht nur im Verhältnis zum Hauptschuldner, sondern auch im Verhältnis der mehreren Interzedenten unter sich bedeutsam.

Für die Darstellung des geltenden Rechts wird sich demnach folgende Einteilung ergeben:

I. Interzessionsfälle des geltenden Rechts (1. Kapitel).
II. Die Lösung des Problems der Form } bei den Interzessionsfällen des geltenden Rechts.
III. Das Problem des Rückgriffs (2. und 3. Kapitel). }
IV. Das Verhältnis mehrerer Interzedenten untereinander (4. Kapitel).

1. Kapitel.

Interzessionsfälle des geltenden Rechts.

I. Das Eintreten neben die Schuld eines Dritten: intercessio cumulativa.

§ 9.

Bürgschaft und Kreditauftrag; Abgrenzung der Bürgschaft vom Garantievertrag.

Bei der Darstellung der Interzessionsfälle des geltenden Rechts soll der im Gesetz ausdrücklich geregelte Fall der Interzession, die Bürgschaft, den Ausgangspunkt bilden. Zwei Gesichtspunkte spielen hier, was das Verhältnis des Bürgen zum Gläubiger betrifft, eine Rolle. Die Bürgenhaftung ist einmal akzessorisch: § 765 und insbesondere § 767 BGB.: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend." Sodann haftet der Bürge dem Gläubiger, von Sonderfällen abgesehen, subsidiär: § 771 BGB., „der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage)".

Im geltenden Recht ist an die Bürgschaft der Fall des Kreditauftrags — das sog. mandatum qualificatum im römischen Recht — angeschlossen (§ 778 BGB.). Der Auftraggeber haftet für die Kreditgewährung an einen Dritten dem Gläubiger gegenüber wie ein Bürge.

Für eine ganze Reihe von Geschäften ist es nun bestritten, ob sie unter die Bürgschaft zu zählen sind. Hiebei macht im geltenden Recht insbesondere die Abgrenzung der Bürgschaft zum Garantievertrag Schwierigkeiten. Der Garantievertrag ist im Gesetz nicht besonders geregelt, er wird aber vom Reichsgericht und der Literatur als besondere Vertragsgattung anerkannt. Im Unterschied zur Bürgschaft ist der Garantievertrag an keine Form gebunden. Das Wesen des Garantievertrags sieht nun das Reichsgericht einmal in der „Selbständigkeit" der übernommenen Verpflichtung, sodann in dem Einstehen des Garanten für einen bestimmten Erfolg. Als Hauptbeispiel des Garantievertrags wird die Übernahme des Risikos für ein Unternehmen (z. B. eine Eisenbahn) angeführt, vgl. insbes. RGE. 90/416 f: Garantieverträge „im eigentlichen Sinn" seien die selbständigen Verträge, in denen sich jemand verpflichte, für das Eintreten eines bestimmten Erfolgs einzustehen, insbesondere diejenigen Verträge, in denen jemand der Unternehmung eines andern dadurch Unterstützung und Förderung zuwende, daß er das damit verbundene Risiko ganz oder teilweise übernehme. Im Unterschied zur Bürgschaft habe der Garantievertrag die Begründung einer selbständigen, von der des ursprünglichen Schuldners unabhängigen Verpflichtung zum Gegenstand. Neben dem Garantievertrag „im eigentlichen Sinn" will das Reichsgericht a. a. O. nun aber auch gewisse Nebenabreden bei andern Verträgen als Garantieverträge aufgefaßt wissen. Als Beispiel werden angeführt: die Gewährleistung des Veräußerers einer Sache für bestimmte Eigenschaften der Sache, sowie die Übernahme der Gewähr seitens des Zedenten für die Sicherheit einer Forderung. Das Reichsgericht schließt sich mit dieser Einteilung der Garantieverträge in zwei Hauptarten der Einteilung Stammlers[1]) an. Der Ansicht des Reichsgerichts über das Wesen des Garantievertrags ist die Literatur[2]) im wesentlichen gefolgt.

Der Unterschied des Garantievertrags zur Bürgschaft tritt nun in den Fällen, die das Reichsgericht selbst als Garantieverträge „im eigentlichen Sinn" bezeichnet, am deutlichsten hervor. Der Garant hat

---

[1]) Vgl. ACivPr. Bd. 69 S. 1 ff., insbes. S. 3 ff.

[2]) Vgl. Staub/Könige, Komm. zum HGB. Bd. III § 349 Anm. 65: Das Wesen des Garantievertrags besteht in der Übernahme einer selbständigen Verpflichtung, für einen bestimmten Erfolg, insbes. durch Übernahme einer mit einem Unternehmen verbundenen Gefahr, einzutreten. Staudinger, Komm. zum BGB. Bd. II Lief. 2, Einleitung zum VII. Abschnitt Bem. 2 e.

hier ein eigenes (oder gemeinnütziges) Interesse am Abschluß des Vertrags. Dieses eigene Interesse tritt nach außen hervor und veranlaßt ihn zur Übernahme des Risikos. Bei der Bürgschaft dagegen ist es die Rücksicht auf eine bestimmte fremde Schuld, die den Bürgen zur Übernahme der Haftung bestimmt. Eigene Interessen können auch beim Bürgen mitspielen, sie treten aber nicht nach außen hervor. Die Grenzen sind flüssig und daher auch die Zuteilung der einzelnen Fälle schwierig.

Was nun die Zuteilung der Einzelfälle betrifft, so erscheint hier die Praxis des Reichsgerichts in verschiedener Hinsicht bedenklich. Es sollen hier vor allem 3 Fälle herausgegriffen werden, bei denen es fraglich erscheint, ob sie dem Garantievertrag oder der Bürgschaft zuzuzählen sind, die aber ohne Zweifel Interzessionsfälle darstellen:

1. Das Eintreten eines andern für die Schuld eines Minderjährigen.
2. Die Übernahme der Haftung für die Güte einer abgetretenen Forderung, insbesondere einer hypothekarisch gesicherten Forderung.
3. Das Einstehen eines andern für die Güte einer Hypothek selbst.

1. Das Einstehen eines andern für die Schuld eines Minderjährigen.

Mit diesem Fall beschäftigte sich das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 61/157 f. Der Tatbestand war kurz folgender: Der Beklagte verpflichtete sich schriftlich zur Einlösung dreier Wechselakzepte, die der Minderjährige F. W. ausgestellt hatte. Er wurde zur Zahlung der Wechselsumme verurteilt. Dem Ergebnis des Reichsgerichts ist in diesem Fall durchaus zuzustimmen, nicht aber der Begründung. Das Reichsgericht sieht in der Übernahme der Haftung des Beklagten für die Einlösung der Wechselakzepte einen Garantievertrag[3]), der unter die allgemeinen Grundsätze über Verträge falle und daher der Schriftform nicht bedürfe. An der Schriftform des Vertrages fehlte es im vorliegenden Fall nicht. Bürgschaft wurde aber vom Reichsgericht deshalb abgelehnt, da eine rechtswirksame Hauptschuld nicht bestehe. Die Begründung des Reichsgerichts zwingt demnach zu der Folgerung, daß die Übernahme der Haftung für eine rechtlich nicht wirksame Schuld sogar ohne Einhaltung einer bestimmten Form möglich ist, demnach an leichtere Voraussetzungen geknüpft ist, als das Einstehen für die gültige Schuld eines Dritten. Dieses Ergebnis ist aber, wie diese Gegenüberstellung zeigt, in hohem Grad bedenklich.

---

[3]) Die „Entdeckung", daß hier ein Garantievertrag vorliege, geht offenbar von Stammler aus, vgl. S. 42 a. a. O. „... in dem Tatbestand eines Garantievertrags" kann „als elementarer Bestandteil die Bürgschaft für ungültige Schuld ... entdeckt werden."

M. E. wird dem Prinzip der Akzessorietät der Bürgschaft zuliebe die Formvorschrift des § 766 BGB. in einer Weise umgangen, die sicherlich nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag. Es ist kein Grund dafür vorhanden, denjenigen, der sich für die unwirksame Schuld eines Dritten verpflichten will, weniger zu schützen als denjenigen, der für die gültige Schuld eines Dritten einsteht. Die Gefahr der Inanspruchnahme des Interzedenten durch den Gläubiger ist jedenfalls im ersten Fall mindestens ebenso, wenn nicht in höherem Grade, vorhanden als im zweiten Fall. Bei Einhaltung der Form ist andererseits nicht einzusehen, weshalb sich der Interzedent, sofern er (wie in der zitierten Entscheidung) die Unwirksamkeit der Verpflichtung des Minderjährigen kennt, nicht wirksam als Bürge sollte verpflichten können.

Die Begründung des Reichsgerichts in der angeführten Entscheidung hat denn auch in der Literatur[4]) wiederholt Widerspruch gefunden. So bezeichnet Wienstein[5]) mit Recht die Entscheidung des Reichsgerichts im vorliegenden Fall als bedenklich. Wienstein hält aber selbst daran fest, daß die Annahme einer Bürgschaft in der strittigen Entscheidung unmöglich sei, da hier eine ungültige Hauptschuld bestehe[6]). Er sucht aber auf „weniger bedenklichem Weg" zu dem gleichen Ergebnis wie das Reichsgericht zu kommen, indem er ein constitutum debiti alieni, ein „Erfüllungsversprechen" des Beklagten annehmen will. Die „Wiederbelebung" des römisch-rechtlichen Instituts des constitutum debiti alieni soll nach Wienstein dazu beitragen, einer unzulässigen Ausdehnung des Garantievertragsbegriffs entgegenzuwirken[7]). Anders Reichel, der richtiger Ansicht nach in dem vom Reichsgericht behandelten Fall eine Bürgschaft annimmt[8]). Staub/Könige[9]) ist ebenfalls der Ansicht, daß sich die Bürgschaft im vorliegenden Fall „rechtfertigen" lasse, wenn man davon ausgehe, daß der Bürge die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit beim Schuldner, für den er eintreten wolle, kenne und sich gerade für den Fall verpflichten wolle,

---

[4]) Der Ansicht des Reichsgerichts haben sich u. a. angeschlossen: RGRKomm. Bd. I Vorbem. vor § 765 Anm. 6b, § 765 Anm. 3; Planck Bd. II, 2. Hälfte § 765 Anm. 8a, Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 2; Oertmann, Komm. zum BGB. Vorbem. vor § 765 Anm. 3a; v. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. III S. 776 und S. 795 Anm. 10; Enneccerus Bd. I 2. Abt. § 412 S. 546, § 417 Anm. 10 S. 562.

[5]) Vgl. BürgA. Bd. 31 S. 1 ff. und Recht 1907 S. 814.

[6]) Vgl. BürgA. Bd. 31 S. 13 ff., insbes. S. 18.

[7]) Vgl. BürgA. Bd. 31 S. 16.

[8]) Vgl. Schuldmitübernahme S. 306 f. Im Anschluß an RGE. 61/157 führt Reichel mit Recht aus, daß der Garantievertrag in der Rechtsprechung ziemlich oft „die Rolle des deus ex machina" spiele. Was man als Bürgschaft nicht erhalten könne, sehe man als Garantievertrag an.

[9]) Komm. zum HGB. Bd. III § 349 Anm. 11a.

daß die erforderliche Genehmigung versagt werde. Eine ausdrückliche Regelung trifft das Schweiz.OblR. für den vorliegenden Fall, vgl. Art. 494 Abs. 3: „Die Schuld aus einem wegen ... Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrag kann gültig verbürgt werden, wenn der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung den auf seiten des Hauptschuldners vorhandenen Mangel kennt." Diese Regelung ist zugleich ein Beweis dafür, daß es mit dem Prinzip der Akzessorietät der Bürgschaft durchaus vereinbar ist, diesen besonders gestalteten Fällen Rechnung zu tragen. Auch im Schweiz. OblR. ist nämlich das Außenverhältnis der Bürgschaft ähnlich wie in § 767 BGB. geregelt, vgl. Art. 494 Abs. 1: „Jede Bürgschaft setzt eine zu Recht bestehende Hauptschuld voraus."

2. Bei der zweiten Gruppe von Fällen handelt es sich um das Einstehen eines andern, meist des Veräußerers, für die Güte einer abgetretenen Forderung. Hier kommen nur die Fälle in Betracht, in denen die Haftungsübernahme über das gewöhnliche Maß der Verkäuferhaftung hinausgeht.

§ 437 BGB. bestimmt zunächst, daß der Verkäufer einer Forderung für den rechtlichen Bestand der Forderung hafte, nicht aber für die Bonität. In § 438 ist hinzugefügt, daß die ausdrücklich übernommene Haftung für die Bonität „im Zweifel" sich nur auf die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Abtretung beziehe. §§ 437 und 438 gelten gleichermaßen für andere Verträge, die die Veräußerung bzw. die entgeltliche Abtretung einer Forderung zum Gegenstand haben: § 445. Die Bestimmung in § 438 ist Auslegungsregel. Es ist daher durchaus möglich und im konkreten Fall zu prüfen, ob der Veräußerer nach der Absicht der Parteien nicht über das vom Gesetz als Regel bestimmte Maß der Haftung einstehen sollte. Der Käufer bzw. Zessionar wird sich in vielen Fällen nicht damit begnügen, daß der Veräußerer nur die Haftung für die Zahlungsfähigkeit im Augenblick der Abtretung übernimmt. Für den Veräußerer bzw. Zedenten dagegen bringt die Haftung, die über den gewöhnlichen, im Gesetz vorgesehenen Umfang hinausgeht, dieselben Gefahren mit sich, die auch sonst bei einseitig belastenden Geschäften, insbesondere der Bürgschaft, auftreten. Es fragt sich daher, ob in diesen Fällen Bürgschaftsrecht anzuwenden ist.

Die Motive zum BGB. haben im Anschluß an § 299 des Entwurfs (jetzt § 438 BGB.) zu dieser Frage Stellung[10]) genommen. Hienach sind drei Möglichkeiten offen gelassen. Das Einstehen des bisherigen Gläubigers für das Zahlungsvermögen des Schuldners kann eine Er-

[10]) Vgl. Mugdan II S. 69.

weiterung der gesetzlichen Haftpflicht, eine Verpflichtung zur Gewährleistung oder eine Bürgschaftsübernahme darstellen. Darüber, ob das eine oder andere in Betracht komme, sei der Parteiwille zu ermitteln. Verwiesen ist a. a. O. auf eine Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 4 S. 274, die noch unter der Herrschaft des preußischen ALR. ergangen ist. In der angegebenen Entscheidung war der Erblasser, der Beklagte W., ursprünglich Gläubiger einer hypothekarisch gesicherten Forderung. Bei der Abtretung dieser Forderung an den Kläger übernahm W. die selbstschuldnerische Bürgschaft für die Forderung. Das Reichsgericht führt im Anschluß hieran[11]) weiter aus, daß der Zedent für die Forderung dem Zessionar ein Pfand gewähren, einen Bürgen stellen oder selbst die Bürgschaft übernehmen könne. Für die Güte einer Forderung kann demnach der Zedent in verschiedenen äußeren Formen interzedieren. Jedenfalls ist Bürgschaft nach der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts durchaus möglich.

Das Reichsgericht hat seither wiederholt zu derartigen Fällen des Einstehens für die Güte einer abgetretenen Forderung Stellung genommen. In ständiger Rechtsprechung[12]) werden aber solche Abreden als Garantieverträge[13]) bzw. als Nebenabreden des Abtretungsvertrags im Sinn einer Erweiterung der gesetzlichen Haftpflicht angesehen. Vereinzelt, so insbesondere RG. Gruchot Bd. 62 S. 795, wird zwar vom Reichsgericht eingeräumt, daß auch die bei der Abtretung einer Forderung oder einer Hypothek übernommene Haftung die Natur einer Bürgschaft annehmen könne. Für die Regel sei es aber natürlicher, diese bei einer entgeltlichen Abtretung übernommene Haftung als Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht aufzufassen[14]). Die Literatur hat sich überwiegend[15]) der Ansicht des Reichsgerichts angeschlossen. Entschieden für Bürgschaft tritt Reichel[16]) ein.

Eine Stellungnahme zu der Frage, ob Bürgschaft oder Gewährleistung bzw. Garantievertrag in diesen Fällen anzunehmen ist, erscheint m. E. nur möglich, wenn wir auf die praktischen Einzelfragen

---

[11]) Vgl. S. 279 a. a. O.

[12]) Vgl. RGE. 60/369; RG. SeuffA. Bd. 62 Nr. 106; RGE. 72/138; RG. Gruchot Bd. 54 S. 926; Warn. 1914 Nr. 47; RGE. 90/416; RG. Gruchot Bd. 62/792; RG. LZ. 1920 S. 704; RG. SeuffA. Bd. 79 Nr. 21.

[13]) Auch hier ist der Einfluß Stammlers bemerkbar; vgl. ACivPr. Bd. 69 S. 44 ff.

[14]) Ebenso RGE. 72/141.

[15]) Vgl. RGRKomm. Bd. II Vorbem. vor § 765 Anm. 5b und 6b, § 438 Anm. 2; Staub/Könige Bd. III § 349 Anm. 65; Planck Bd. II, 2. Hälfte Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 6 und § 438 Anm. 1; Staudinger Bd. II Lief. 2 § 438 Bem. 2 und 4c und e.

[16]) Vgl. Recht 1913 S. 429 ff.

eingehen. Bei der Entscheidung von Einzelfragen ist es nun keineswegs gleichgültig, ob derartige Abreden bei der Veräußerung von Forderungen, die über das gewöhnliche Maß der Verkäuferhaftung hinausgehen, als Bürgschaft oder Garantievertrag aufgefaßt werden. Da der Garantievertrag im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, ist es bestritten, welches Recht zur Anwendung kommt. So will Würzburger[17]) bei der Entscheidung von Einzelfragen die Bestimmungen des Kaufrechts §§ 459 ff., insbesondere die Schadensersatzpflicht des § 463, analog zur Anwendung bringen, während Hagemann[18]) Bürgschaftsvorschriften analog angewendet wissen will. Die Entscheidung, ob Bürgschaft oder Garantievertrag im einzelnen Fall anzunehmen ist, wollen die Motive[19]), wie oben erwähnt, dadurch erleichtern, daß sie auf die Ermittlung des Parteiwillens hinweisen. Welche Anhaltspunkte sind nun aber für die Erforschung des Parteiwillens gegeben? Nicht ausschlaggebend sind jedenfalls, wie auch das Reichsgericht mehrfach[20]) anerkennt, die von den Parteien gebrauchten Worte. Demnach würde es gegen die Annahme einer Bürgschaft in den hierher gehörigen Fällen nicht sprechen, wenn sich die Parteien nicht ausdrücklich für die abgetretene bzw. veräußerte Forderung „verbürgen", sondern etwa für „Existenz und Bonität" der hypothekarisch gesicherten Forderung[21]) einstehen oder ausdrücklich Gewähr für die Sicherheit der abgetretenen Hypothekenforderung[22]) leisten. Die Parteien werden sich nun in der Regel überhaupt kein Bild über die rechtliche Tragweite ihrer Abreden machen; deshalb wird die Ermittlung des Parteiwillens häufig zu keinem Resultat führen. Immerhin steckt in dem Hinweis der Motive auf den „Parteiwillen" ein richtiger Kern. Es fragt sich nämlich: welche Regelung entspricht der Interessenlage der Parteien? Es wird demnach zu untersuchen sein, ob die Interessen des Gläubigers bzw. des Interzedenten bei der Annahme eines Garantievertrags in diesen Fällen wirksamer geschützt sind als bei Zugrundelegung einer Bürgschaft. Dabei wird auf die den Garantievertrag von der Bürgschaft unterscheidenden Merkmale näher einzugehen sein. Unterschiede beider Vertragsarten zeigen sich m. E. in den vom Reichsgericht entschiedenen Fällen insbesondere in dreifacher Richtung: in der Form, dem Übergang der Gläubigerrechte auf spätere Erwerber und der Ermöglichung des Rückgriffs des Interzedenten auf den eigentlichen Schuldner.

---

[17]) Vgl. Gruchot Bd. 51 S. 721 ff.
[18]) im Recht 1908 S. 331.
[19]) Vgl. Mugdan II S. 69.
[20]) z. B. RGE. 90/417; RG. Gruchot Bd. 62 S. 795.
[21]) Vgl. Warn. 1914 Nr. 47.
[22]) Vgl. RGE. 60/369; Gruchot Bd. 54 S. 926 u. Bd. 62 S. 792 ff.

Was zunächst die Form betrifft, so ist der Garantievertrag nach Ansicht des Reichsgerichts[23]) formlos gültig; er bietet also dem Interzedenten weniger Schutz wie die Bürgschaft. Formlosigkeit des Vertrags ist nun aber auch für den Gläubiger kein unbedingter Vorzug; der Beweis, daß in derartigen Fällen vom Veräußerer bzw. Zedenten eine über das normale Maß hinausgehende Haftung übernommen wurde, wird dem Gläubiger beim Fehlen jeder schriftlichen Abmachung im Streitfall überaus schwerfallen. Deshalb spielt auch das Problem der Form in der Mehrzahl der hierher gehörigen Fälle eine untergeordnete Rolle: die Haftung ist meist schriftlich vereinbart bzw. in der Abtretungsurkunde ausdrücklich erwähnt[24]).

Was sodann den Übergang der Rechte aus der Interzession von dem ursprünglichen Gläubiger auf einen späteren Erwerber bzw. Zessionar anbetrifft, so bietet hier der Garantievertrag dem Interzedenten „scheinbar" insofern mehr Schutz, als das Reichsgericht annimmt, daß die Rechte aus dem Garantievertrag nicht unter § 401 BGB. fallen, demnach auf den Zessionar ohne besondere Vereinbarung des ursprünglichen Gläubigers mit dem Erwerber der Forderung nicht übergehen[25]). Der Gläubiger wäre also in dieser Richtung immer besser gestellt bei Annahme einer Bürgschaft, da diese ausdrücklich in § 401 BGB. aufgezählt ist. Praktisch wurde diese Frage insbesondere in dem in Gruchot Bd. 62 S. 792 ff. mitgeteilten Fall. Der Tatbestand war kurz folgender: Die Beklagte war ursprünglich Gläubigerin einer hypothekarisch gesicherten Darlehnsforderung von 150 000 Mk. Sie trat einen Teilbetrag dieser Forderung in Höhe von 20 000 Mk. an die E. ab. Auf ein Schreiben des Ehemanns der E. vom 25. März 1915, daß die Beklagte für den richtigen Eingang der an Frau E. zedierten Hypothek am Fälligkeitstag ausdrücklich Haftung übernommen habe, erklärte sich diese durch ein Schreiben vom gleichen Tag „vollständig einverstanden"[26]). Das Reichsgericht sieht in dieser Vereinbarung eine Er-

---

[23]) Vgl. insbes. RG. SeuffA. Bd. 62 Nr. 106, abgedruckt auch in RG. JurW. 1907 S. 105 Nr. 7.

[24]) So RGE. 60/369; 72/138; Gruchot Bd. 54 S. 926; Warn. 1914 Nr. 47; LZ. 1920 S. 704.

[25]) Vgl. RGE. 60/369, 72/138; Warn. 14 Nr. 47 und Gruchot Bd. 62 S. 792.

[26]) Zweifelhaft ist hier, ob durch diesen gegenseitigen Briefwechsel der Form des § 766 BGB. genügt wäre. Das RG. a. a. O. S. 794 läßt die Frage offen. Sie wird wohl im Hinblick auf die in RG. 94/306 und 76/305 f. erfolgten Entscheidungen zu verneinen sein; in beiden Entscheidungen ist darauf hingewiesen, daß eine Verweisung auf andere Urkunden bei der Bürgschaftserklärung zwar zulässig sei, die Grenze sei aber dahin zu bestimmen, daß die Erklärung selbst die wesentlichen Merkmale des Bürgschaftsvertrags noch irgendwie erkennen lassen müsse.

weiterung der gesetzlichen Gewährleistungspflicht. Die Teilforderung von 20 000 Mk. ging dann von der E. durch wiederholte spätere Abtretungen auf eine Reihe von Personen über, bis sie schließlich der Kläger im März 1917 erwarb. Dem Kläger wurde die Teilhypothekenforderung von seinem Vormann „unter Einrechnung der Haftungsübernahme durch die Beklagte" abgetreten; außerdem trat die ursprüngliche Gläubigerin der Beklagten — Frau E. — dem Kläger am 5. Juni 1917 ihre Rechte aus der Haftungsübernahme der Beklagten ebenfalls ab, und zwar „unter Überspringung der Zwischenzessionare". Die Beklagte wurde auf Grund der Haftungsübernahme vom 25. März 1915, die der E. gegenüber erfolgt war, verurteilt. Zur Begründung führt das Reichsgericht[27]) aus, daß zwar § 401 BGB. nicht zur Anwendung komme, die von der Beklagten geleistete Haftung demnach bei dem weiteren Gläubigerwechsel nicht ohne weiteres auf die späteren Erwerber mit übergegangen sei. Dagegen war es nach Ansicht des Reichsgerichts durchaus möglich, daß die ursprüngliche Gläubigerin der Beklagten, Frau E., ihr Forderungsrecht gegen die Beklagte unmittelbar, und zwar zu einer Zeit, als sie die Forderung selbst nicht mehr besaß, nämlich am 5. Juni 1917, auf den Kläger übertrug. Diese Übertragung erfolgte also nach Lage der Verhältnisse zum Zweck der Klagerleichterung! Aus der Stellungnahme des Reichsgerichts im vorliegenden Fall geht hervor, daß der Interzedent auch bei Annahme eines Garantievertrags in Wirklichkeit gegen weitere Abtretungen nicht geschützt ist. Es tritt genau die gleiche Rechtsfolge ein, die § 401 BGB. im Fall der Bürgschaft ausdrücklich vorschreibt. Der Gefahr, einen andern als den ursprünglichen Gläubiger durch weitere Abtretungen zu erhalten, kann demnach der Garant ebenso wie der Bürge nur wirksam dadurch entgehen, daß er die Haftungsübernahme bei Abschluß des Vertrags mit dem Gläubiger auf dessen Person ausdrücklich beschränkt.

Für die hier in Betracht kommenden Fälle ergibt sich sonach, daß die Interessen des Interzedenten wie des Gläubigers, was die Form des Vertrags betrifft, bei Annahme einer Bürgschaft in wirksamerer Weise geschützt sind als bei Zugrundelegung eines Garantievertrags. Auf den Übergang der Rechte aus der Haftungsübernahme auf spätere Zessionare der Forderung hat der Interzedent auch beim Garantievertrag keinen Einfluß; er ist also bei der Annahme eines Garantievertrags auch in dieser Richtung in Wahrheit nicht günstiger gestellt als bei Zugrundelegung einer Bürgschaft.

Schließlich bleibt nur noch die Frage des Rückgriffs des Interzedenten auf den eigentlichen Hauptschuldner zu erörtern. Hier

---

[27]) Vgl. a. a. O. S. 797.

führt die direkte Anwendung der Bürgschaftsvorschriften zu einem weit befriedigenderen Ergebnis, als wenn ein Garantievertrag zugrunde gelegt wird. Im Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Interzedenten ist nämlich nach Bürgschaftsrecht der Regreß des Interzedenten durch die Bestimmung des § 774 BGB. wesentlich erleichtert, ohne daß hiedurch die Interessen des Schuldners bzw. des Gläubigers beeinträchtigt werden. Bei Zugrundelegung eines Garantievertrags aber fehlt jeder gesetzliche Anhaltspunkt für den Rückgriff des Garanten. Die Praxis ist daher in diesem Fall darauf angewiesen, den Übergang der Forderung auf den befriedigenden Interzedenten in m. E. nicht unbedenklicher Weise zu „konstruieren", vgl. hiezu insbesondere RG. in Seuff. A. Bd. 79 Nr. 21; auf diese Entscheidung wird unten im Zusammenhang näher einzugehen sein.

Mit Rücksicht auf diese Erwägungen ist demnach für die Regel anzunehmen, daß die über die gewöhnliche Verkäuferhaftung hinausgehende Haftungsübernahme für die Güte der verkauften Forderung sowie das Einstehen des Zedenten für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners nach Bürgschaftsrecht zu beurteilen ist.

§ 10.

Fortsetzung: Das Einstehen für die Güte einer Hypothek.

Zu erörtern bleibt hier noch die oben S. 26 aufgeworfene Frage, ob das Einstehen eines andern für die Güte einer Hypothek selbst unter die Bürgschaft oder den Garantievertrag zu rechnen ist. Das Reichsgericht nimmt auch für diesen Fall einen Garantievertrag an. Ebenso die Mehrzahl[1]) in der Literatur. Im Unterschied zu der oben in § 9 unter Ziffer 2 behandelten Frage wird aber für diesen Fall die Möglichkeit einer Bürgschaft in der Rechtsprechung und bei der Mehrzahl in der Literatur völlig verworfen[2]). Zur Begründung führt das Reichsgericht an, daß die Bürgschaft, wie aus § 765 BGB. hervorgehe, die Schuld eines Dritten voraussetze. Eine Schuldverbindlichkeit im Sinn des § 765 stelle aber die rein dingliche Schuld — vgl. RG. Warn. 1916 Nr. 130 — des Eigentümers eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks nicht dar[3]). In einer späteren Entscheidung — RGE.

[1]) Vgl. RGRKomm. Bd. II § 765 Anm. 3; Staub/Könige Bd. III § 349 Anm. 2, 43 und 65; Staudinger Bd. III 2. Teil § 1113 Bem. I, 1aζ; Planck Bd. II, 2. Hälfte Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 2; Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 411 Anm. 1 S. 542.

[2]) Vgl. die Zitate in Anm. 1 und RG. Recht 1913 Nr. 1464; Warn. 1916 Nr. 130; RGE. 93/234 ff.

[3]) Ebenso RG. im Recht 1913 Nr. 1464: „Eine Bürgschaft für eine rein dingliche Schuld (im zit. Fall handelte es sich um eine Grundschuld) ist über-

93/234[4]) — vermeidet das Reichsgericht den Ausdruck „dingliche Schuld", ohne seinen Standpunkt selbst zu ändern. Das Wesen der Hypothek wird a. a. O. S. 236 als „dingliches Recht an einem Grundstück" bezeichnet. „Das dingliche Recht des Hypothekengläubigers" könne nicht zum Gegenstand einer Bürgschaft gemacht werden. Bei der Stellungnahme des Reichsgerichts in dieser späteren Entscheidung spielt offenbar die Frage der juristischen Natur des Pfandrechts herein. Es soll demnach hier kurz auf diese Streitfrage, die in der Literatur eine umfangreiche Behandlung erfahren hat, eingegangen werden.

Im Anschluß an Wolff[5]) sind drei Haupttheorien zu unterscheiden:

1. die Auffassung des Pfandrechts als Verwertungsrecht,
2. die Theorie der Realobligation[6]),
3. die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung[7]).

Die H. M. in der Literatur[8]), die auch von Wolff a. a. O. vertreten wird, sieht in dem Pfandrecht ein Verwertungsrecht. Das Pfandrecht ist, wie Wolff[9]) ausführt, „das Recht, sich einen Vermögenswert aus fremder Sache durch eigene Handlung zu verschaffen". Der Pfandgläubiger selbst habe keinerlei Leistungsanspruch gegen den Eigentümer der Pfandsache. Dieser Auffassung ist, wie die zit. RGE. 93/236 zeigt, neuerdings auch das Reichsgericht beigetreten. Demgegenüber wird von den Anhängern der beiden andern Theorien betont, daß es sich beim Pfandrecht nicht um eine bloße Duldungspflicht des Eigentümers der Pfandsache handle. Der Pfandgläubiger habe vielmehr gegen den Eigentümer der Pfandsache einen „Anspruch" auf Leistung. Die Leistungspflicht beschränke sich allerdings auf den Wert des Pfandes. Diese Beschränkung der Haftung auf einen bestimmten Vermögenswert wird insbesondere von den Anhängern der Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung betont; sie

---

haupt nicht denkbar; die Bürgschaft ist stets ein Einstehen für die persönliche Verpflichtung eines Hauptschuldners; ein Einstehen für eine dingliche Schuld ist nicht Bürgschaft, sondern Garantievertrag."

[4]) Auf diese Entscheidung wird unten bei der Behandlung des Problems des Rückgriffs (§ 22) näher einzugehen sein.

[5]) Vgl. Sachenrecht § 131 S. 440 ff.

[6]) Vertreten u. a. von Fuchs in LZ. 1920 S. 841 ff.; Siber, JhJ. Bd. 50 S. 55 ff.; insbes. S. 137. Über weitere Vertreter vgl. Wolff a. a. O. S. 442 Anm. 8.

[7]) Vertreten u. a. von Schulz in ACivPr. Bd. 105 S. 239 ff.; vgl. im übrigen die Zitate von Wolff a. a. O. S. 443 Anm. 10.

[8]) Vgl. insbes. Staudinger Bd. III 2. Teil § 1113 Bem. I, 1 aα und die bei Wolff a. a. O. S. 441 Anm. 4 Zitierten.

[9]) a. a. O. S. 441 Anm. 4 und S. 442.

ergibt sich aber in gleicher Weise auch aus der Theorie der „Realobligation". Wenn der Eigentümer die Leistung nur „aus der Sache" schuldet, so ist damit auf die Beschränkung der Haftung des Eigentümers hingewiesen. Von „dinglicher Schuld" sprechen übrigens auch die oben zit. Entscheidungen des Reichsgerichts: Recht 1913 Nr. 1464 und Warn. 1916 Nr. 130.

Bei allen drei Theorien handelt es sich um Versuche, die Stellung des Pfandgläubigers zu dem Eigentümer der Pfandsache darzustellen. Es sind „Konstruktionen", die im Grund genommen in gleicher Weise anzuerkennen sind, da sie die Stellung des Pfandgläubigers von verschiedenen Gesichtspunkten aus beleuchten. Dem Pfandgläubiger ist bei Nichterfüllung der durch die Hypothek gesicherten Forderung das Recht gegeben, die Pfandsache zu „verwerten". Zweck der Hingabe des Pfandes ist also, den Pfandgläubiger für eine ihm zustehende Forderung zu sichern. Es stehen ihm zu diesem Zweck ähnlich wie bei den Gesamtschuldverhältnissen zwei Ansprüche zur Verfügung: der Anspruch gegen den persönlichen Schuldner und der Anspruch gegen den dinglichen Schuldner, der erstere ist unbeschränkt, d. h. er umfaßt das ganze Vermögen des Schuldners, der andere ist auf einen bestimmten Gegenstand, nämlich die Pfandsache, beschränkt. Die Rechtslage wird besonders deutlich, wenn persönlicher Schuldner und dinglicher Schuldner des Anspruchs nicht, wie in den Regelfällen, in einer Person zusammentreffen. Diese dem Gläubiger zustehenden Rechte „veranschaulicht" m. E. die Theorie der Realobligation und die Theorie der dinglichen Schuld mit beschränkter Haftung in höherem Maße als die Theorie des Verwertungsrechts. „Der Unterschied zwischen den drei Konstruktionen ist aber", wie Siber[10]) mit Recht ausführt, „praktisch geringfügig". Jedenfalls kann es sich nicht darum handeln, aus diesen Konstruktionen irgendwelche rechtlich erheblichen Schlüsse zu ziehen.

Hieraus ergibt sich für die hier angeschnittene Frage, daß es „mit dem Wesen der Hypothek als eines dinglichen Rechts an einem Grundstück" durchaus vereinbar ist, daß für die Güte der Hypothek Bürgschaft geleistet wird. Die Frage ist „im Prinzip" für das Reichsgericht nur dann bestritten, wenn persönlicher Schuldner und Grundstückseigentümer verschiedene Personen sind, da Bürgschaft für eine hypothekarisch gesicherte Forderung immerhin vom Reichsgericht für möglich gehalten wird[11]). Bürgschaft kann aber m. E. auch dann wirksam

---

[10]) in JhJ. Bd. 50 S. 136/37.

[11]) Vgl. insbes. RG. Gruchot Bd. 62 S. 792 ff. und die Ausführungen oben S. 29.

geleistet werden, wenn die „dingliche Schuld" von der persönlichen Schuld getrennt ist. Zur Stützung dieser Ansicht dürfte es nun nicht gering anzuschlagen sein, daß ein eifriger Vorkämpfer der H. M. selbst aus der Natur des Pfandrechts als „Verwertungsrecht" nicht den Schluß zieht, daß für das dingliche Recht des Hypothekengläubigers Leistung einer Bürgschaft unmöglich sei. Wolff, dessen Standpunkt wir oben wiedergegeben haben, tritt nämlich in verschiedener Richtung[12]) für Gleichbehandlung des „Verwertungsrechts" mit dem „Anspruch" im Sinn des Schuldrechts ein. Als Beispiel dieser Gleichbehandlung führt er u. a. an, daß „ein Verwertungsrecht gleich als wäre es ein Anspruch durch Bürgen oder Pfänder gesichert werden" kann; „es ist z. B. möglich, daß der Grundeigentümer[13]) oder ein Dritter dem Hypothekengläubiger gegenüber die Bürgschaft nicht für die Hypothekenforderung, sondern dafür übernimmt, daß dem Grundstück der Schuldbetrag abgewonnen werden könne". Wolff stellt sich damit in bewußten Gegensatz zu den zit. RGE.[14]). Es gelte dann, wie Wolff weiter ausführt, das, was beim Bürgschaftsrecht vom „Hauptschuldner" gesagt sei, „entsprechend" für den jeweiligen Grundeigentümer. Es wird sich aber m. E. nicht bloß um eine „entsprechende", sondern um eine direkte Anwendung des Bürgschaftsrechts handeln. Auf das Problem des Rückgriffs des Interzedenten gegen den Hauptschuldner im Fall seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger, das auch bei diesen Fällen praktisch wird, soll[15]) im Zusammenhang näher eingegangen werden.

§ 11.

Die Pfandbestellung für fremde Schuld.

Von der Bürgschaft für eine Hypothek bzw. eine hypothekarisch gesicherte Forderung, deren Möglichkeit in den vorstehenden Ausführungen nachgewiesen werden sollte, ist zu unterscheiden die Interzession durch Pfandbestellung für eine fremde Schuld. Es ist möglich, daß der Interzedent für die Schuld eines Dritten eine Hypothek oder eine bewegliche Sache als Pfand bestellt. In RGRecht 1911 Nr. 2134 wird

---

[12]) a. a. O. S. 445 f.

[13]) Daß der Grundeigentümer die Bürgschaft für seine eigene dingliche Schuld sollte übernehmen können, dürfte m. E. zu verneinen sein. Bürge und Hauptschuldner müssen verschiedene Personen sein, vgl. die Fassung des § 765 BGB.

[14]) Vgl. S. 446 Anm. 24 a. a. O.

[15]) Vgl. unten § 22.

ein hierher gehöriger Fall behandelt. Die Beklagte — Interzedentin — hatte eine Sicherungshypothek zugunsten des Klägers, des Gläubigers ihres Sohnes, im Grundbuch eintragen lassen. Das Reichsgericht betont, daß die Bestellung einer Hypothek für eine fremde Schuld keine Bürgschaft enthalte, daß beide Verträge vielmehr „ganz verschiedenartige" Rechtsgeschäfte seien. M. E. ist die Betonung der Verschiedenheit beider Rechtsgeschäfte nur berechtigt, soweit das äußere Verhältnis in Betracht kommt. Zu berücksichtigen ist, daß trotz der äußeren Verschiedenheit das Innenverhältnis bei Bürgschaft und Pfandbestellung gleichgestaltet ist, beide Rechtsgeschäfte somit unter den Oberbegriff der Interzession fallen. Das Reichsgericht a. a. O. sieht die Verschiedenheit beider Interzessionsarten insbesondere darin, daß die Hypothek nicht für eine Bürgschaftsschuld, also für eine eigene Schuld der Beklagten eingetragen worden sei, sondern für eine fremde Schuld, nämlich die Schuld des Sohnes der Beklagten. M. E. läßt sich dieser Unterschied nicht aufrechterhalten. Die Beklagte hatte nämlich eine eigene Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek für die fremde Schuld in einem prozeßgerichtlichen Vergleich, den sie mit dem Kläger abgeschlossen hatte, übernommen. Bürgschaft und Hypothekbestellung für eine fremde Schuld stimmen somit damit überein, daß der Interzedent in beiden Fällen eine eigene Verpflichtung zur Sicherung des Gläubigers für eine Schuld, die diesem gegen einen Dritten zusteht, übernimmt.

In RGRecht 1908 Nr. 258[1]) hatte sich der Beklagte der Klägerin zur Sicherung ihrer gegen den Restaurateur R. entstehenden Forderungen zur Stellung einer Barkaution[2]) von 3000 Mk. verpflichtet. Auch für diesen Fall wird der Unterschied zur Bürgschaft vom Reichsgericht ausdrücklich betont. Fraglich erscheint hier, ob nicht die Verpflichtung des Beklagten zur Bestellung des Pfandes für die fremde Schuld der Form des § 766 bedurfte. Es wird darauf unten in § 18 bei der Behandlung des Formproblems, das bei den Interzessionsfällen im allgemeinen auftaucht, zurückzukommen sein.

---

[1]) Die gleiche Entscheidung ist auch abgedruckt in Warn. 1909 Nr. 207.

[2]) Offenbar handelte es sich in dem vom Reichsgericht entschiedenen Fall um die Verpflichtung zur Bestellung eines sogen. „irregulären" Pfandrechts; vgl. hiezu RG. in SeuffA. Bd. 64 Nr. 48: der Fall des regulären Geldpfandrechts komme äußerst selten vor; die Absicht der Parteien werde vielmehr häufig dahin gehen, daß das zur Sicherung dienende Geld der freien Benutzung des Gläubigers der zu sichernden Forderung übergeben werde. Der Schuldner bzw. der Interzedent hat in diesem Fall einen Anspruch auf Rückgewähr der gleichen Summe Geldes: sog. irreguläres Pfandrecht.

§ 12.

Die kumulative Schuldübernahme.

Neben der Bürgschaft und der Pfandbestellung für fremde Schuld sind noch weitere Formen des Eintretens des Interzedenten neben die Schuld eines Dritten zur Sicherung des Gläubigers denkbar. Die im römischen Recht schon vorhandene Fülle der Möglichkeiten, für einen Dritten zu interzedieren, hat sich im heutigen Recht nicht verringert, sondern eher vermehrt. Nur die besondere gesetzliche Regelung der Interzession ist im Unterschied zum römischen Recht unterblieben. Die Schwierigkeiten, die aus dieser „Unterlassung" entstanden sind, zeigen sich in verstärktem Maße bei den jetzt zu behandelnden Fällen. Um eine Übersicht über die noch zu besprechenden Arten der kumulativen Interzession im heutigen Recht zu erhalten, sollen zwei Hauptgruppen unterschieden werden:

1. der Interzedent übernimmt als Gesamtschuldner die Schuld eines Dritten, ohne diesen zu befreien, zur Sicherung des Gläubigers: sogen. kumulative Schuldübernahme;
2. der Interzedent übernimmt zur Sicherung des Gläubigers neben dem Weiterbestehen der kausalen Schuld eines Dritten eine abstrakte Verbindlichkeit. Die rechtliche Behandlung dieser Fälle ist in der Rechtsprechung besonders bestritten. Hier zeigt es sich denn auch am deutlichsten, daß es tatsächlich eine „Lücke" des Gesetzes ist, eine Regelung der Interzessionsfälle unterlassen zu haben. Eine Übersicht über diese Fälle gibt § 13 unten.

Was zunächst die „kumulative" Schuldübernahme anbelangt, so wird der Ausdruck gleichbedeutend mit der Bezeichnung „Schuldbeitritt"[1]), Schuldmitübernahme[2]) und „bestärkender" Schuldübernahme[3]) gebraucht.

Wenn wir daran festhalten, daß nur das Eintreten für eine materiell fremde Schuld Interzession ist, so scheiden dementsprechend für die vorliegende Betrachtung alle diejenigen Fälle aus, in denen ein anderer der bestehenden Schuld eines Dritten aus eigenem, unmittel-

---

[1]) Vgl. Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt S. 1, S. 17 f.

[2]) Vgl. Reichel, Schuldmitübernahme S. 1 ff. Reichel schlägt diese Bezeichnung für die Fälle der kumulativen Schuldübernahme vor. Diese Bezeichnung hat sich auch in der Praxis des Reichsgerichts eingebürgert, vgl. insbes. RGE. 90/417 ff.; dagegen will Reichel für alle Fälle der Interzession den zusammenfassenden Namen des „Schuldbeitritts" verwenden, vgl. a. a. O. S. 18.

[3]) Vgl. v. Blume in JhJ. Bd. 39 S. 426 ff.

barem Interesse beitritt, die Schuld demnach auch im internen Verhältnis nicht auf den Dritten abwälzen kann und will[4]). Das Reichsgericht hat nun eine ganze Reihe von Interzessionstatbeständen unter dem Gesichtspunkt der kumulativen Schuldübernahme behandelt, vgl. insbesondere RGE. 51/120, 59/232, 71/113, 90/417; LZ. 1921 S. 220[5]). Es ist gewiß ein Zufall, daß in den zit. Fällen die Interzedenten Verwandte (Vater, Mutter, Ehefrau, Tante) des eigentlichen Schuldners sind[6]). Immerhin ist die im Hinblick auf nahe Verwandtschaft des Interzedenten zum Hauptschuldner hervorgerufene Hilfsbereitschaft ein seit dem römischen Recht regelmäßig wiederkehrendes Motiv für die Interzessionsfälle[7]).

In der Praxis des Reichsgerichts scheint nun die Tendenz zu bestehen, die Interzessionstatbestände aus dem Begriff der kumulativen Schuldübernahme zu verdrängen. Diese Entwicklung in der Rechtsprechung zeigt sich besonders deutlich bei einem Vergleich der in RGE. 51/120 und 90/417 behandelten Fälle und ihrer rechtlichen Beurteilung. Die Tatbestände sind in beiden Entscheidungen ziemlich ähnlich gelagert. In Bd. 51 ist der eigentliche Hauptschuldner der Sohn des Beklagten. Der Kläger hat Kaufpreisforderungen gegen den Sohn, dieser verschwindet ins Ausland und der Beklagte erklärt dem Kläger mündlich, er wünsche nicht, daß die Sache an die Öffentlichkeit komme; er wolle deshalb den ganzen Betrag bezahlen. In Bd. 90 ist

---

[4]) Reichel a. a. O. S. 273 f. ist anderer Ansicht. Er will in erster Linie Schuldmitübernahme in den Fällen annehmen, in denen infolge einer Schuldinteressenverschiebung eine Schuldüberwälzung sich rechtfertige, die Schuldüberwälzung aber durch den Gläubiger nicht bewilligt werde. Ohne Zweifel fallen auch diese Fälle unter kumulative Schuldübernahme, nicht aber nach der hier vertretenen Ansicht unter den Begriff der Interzession. Der Begriff der Interzession wird hier im Gegensatz zu Reichel, der die kumulative Schuldübernahme ohne Einschränkung zur Interzession rechnet, vgl. S. 22 f. a. a. O., enger gefaßt. Übrigens leugnet auch Reichel nicht, daß das Einstehen für eine materiell fremde Schuld in der äußeren Form der kumulativen Schuldübernahme möglich ist, vgl. die a. a. O. S. 295 aufgeführten Beispiele: Mitübernahme sei auch da zu vermuten, wo der Hauptschuldner erkennbarerweise zurzeit außer Betracht bleibe infolge Abwesenheit, Zahlungsunfähigkeit usw.

[5]) abgedruckt auch in SeuffA. Bd. 76 Nr. 82.

[6]) Das Einspringen des Interzedenten mit Rücksicht auf verwandtschaftliche Beziehungen zum Hauptschuldner ist keineswegs das einzige Motiv für die Fälle der Interzession; es ist aber ein häufig wiederkehrendes Motiv, das schon im römischen Recht bei den Interzessionsfällen eine so bedeutende Rolle spielte, daß sich die röm. Gesetzgebung wiederholt mit diesen Fällen befaßte, vgl. die Edikte der Kaiser Augustus und Claudius L. 2 pr. D. 16, 1 und die Novellengesetzgebung Justinians Nov. 134 Cap. 8, oben S. 21.

[7]) Hierauf macht auch Koban a. a. O. S. 86 für die Bürgschaft insbesondere aufmerksam.

der eigentliche Hauptschuldner die Tochter der Beklagten. Diese Tochter leitete ein Zweiggeschäft der Klägerin, wobei sich Fehlbeträge herausstellten. Die Klägerin nahm die Beklagte in Anspruch, da diese sich verpflichtet habe (offenbar bei der Anstellung der Tochter durch die Klägerin), für etwa entstehende Fehlbeträge aufzukommen. In Bd. 51 läßt es das Reichsgericht dahingestellt, ob in dem Eintritt des Vaters für den Sohn eine kumulative Schuldübernahme oder eine Bürgschaft zu erblicken sei. Jedenfalls sei „auch" bei Annahme einer kumulativen Schuldübernahme Schriftlichkeit des Versprechens erforderlich. In Bd. 90 S. 417 dagegen legt das Reichsgericht seinen Standpunkt genauer dahin fest, daß „im Zweifel" in der Verpflichtung, für die Schuld eines andern aufzukommen, für die Befriedigung des Gläubigers einzustehen, nur die Übernahme einer Bürgschaft erblickt werden könne. Zur Annahme einer Schuldmitübernahme reiche jedenfalls das Interesse, einen Verwandten vor Strafanzeige zu schützen und den Familienruf nicht antasten zu lassen, nicht aus[8]).

Es werden demnach die Fälle des Eintretens für eine materiell fremde Schuld ausgeschieden und die typischen Fälle der kumulativen Schuldübernahme auf Tatbestände beschränkt, in denen der Eintretende ein eigenes unmittelbares Interesse an der Abwicklung des Schuldverhältnisses hat[9]). In RG. Bd. 71 S. 113 betont das Reichsgericht, daß kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft anzusehen sei, wenn nicht besondere Umstände vorhanden seien, daß die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis ganz oder zum Teil wirtschaftlich dem Eintretenden zugute kommen sollen. Damit hat das Reichsgericht den ursprünglichen, insbesondere in Bd. 51 und Bd. 59 eingenommenen Standpunkt geändert. Die kumulative Schuldübernahme ist nach dieser neueren Praxis des Reichsgerichts nicht mehr „im Zweifel" nichts anderes als eine Bürgschaft — RGE. 59/232 — bzw. der selbstschuldnerischen Bürgschaft ähnlich — RGE. 51/120 —, da die Fälle mit „Bürgschaftszweck" aus dem Begriff überhaupt ausgeschieden werden.

In der Tat erscheint es zweifelhaft, ob für die Fälle wirklicher Interzession die äußere Form der kumulativen Schuldübernahme zu verteidigen ist. Es sind zwar durchaus Fälle denkbar, in denen sich der Interzedent neben dem eigentlichen Schuldner gleichgeordnet als Gesamtschuldner verpflichten will; diese Haftungsmöglichkeit ist aber dem Interzedenten in der Form der selbstschuldnerischen Bürgschaft[10]) gegeben.

---

[8]) Vgl. a. a. O. S. 418. Ebenso RG. in LZ. 1921 S. 220.
[9]) Vgl. hiezu insbes. RGE. 64/318, 71/113 und 90/418 f.
[10]) v. Blume in JhJ. Bd. 39 S. 426 ff. will die bestärkende Schuldüber-

Eine Scheidung der Fälle, wie sie das Reichsgericht neuerdings vornimmt, ist auch insofern zu begrüßen, als das Problem der Form, das bei allen Interzessionsfällen auftaucht[11]), dadurch in befriedigender Weise als gelöst erscheint. Ursprünglich verlangte das Reichsgericht auch in den Fällen der kumulativen Schuldübernahme Schriftform, vgl. RGE. 59/232 und insbesondere RGE. 51/120: „für die sogen. kumulative Schuldübernahme treffen die legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift der Schriftform für die Bürgschaft in § 766 BGB. geführt haben", völlig zu. Jetzt ist die kumulative Schuldübernahme nach der Praxis des Reichsgerichts formlos gültig. Diese Änderung hängt m. E. damit zusammen, daß die Tendenz besteht, die eigentlichen Interzessionsfälle aus dem Gebiet der kumulativen Schuldübernahme auszuschalten[12]).

§ 13.

Das Eintreten für fremde Schuld durch Übernahme einer abstrakten Verpflichtung im Sinn der §§ 780 ff. BGB., insbesondere die Fälle der wechselmäßigen Interzession.

Es sind hier die Fälle zu behandeln, in denen sich der Interzedent für die Erfüllung der Schuld eines Dritten dem Gläubiger gegenüber neben dem Dritten abstrakt verpflichtet. Die Möglichkeiten abstrakter Verpflichtung, denen die causa intercedendi zugrunde liegt, sind äußerst vielseitig. Daher lassen sich auch zahlreiche Beispiele von in der Praxis der obersten Gerichte behandelten Fällen aufführen. Hier soll zunächst nur eine Übersicht über die verschiedenen Fälle gegeben werden; die dabei auftauchenden Probleme und ihre Behandlung werden im Zusammenhang in den folgenden Kapiteln zu behandeln sein.

Dem Gläubiger eines Dritten gegenüber kann sich der Interzedent in der Form eines abstrakten Schuldversprechens bzw. -anerkenntnisses im Sinn der §§ 780 ff. BGB. verpflichten[1]). Besonders beliebt, hauptsächlich in Kaufmannskreisen, ist aber die wechselmäßige Ver-

---

nahme überhaupt nur als Unterart der Bürgschaft behandelt wissen. Dem ist zuzustimmen, soweit Verbürgung praktischer Zweck der bestärkenden Schuldübernahme ist. Daß aber bei der bestärkenden Schuldübernahme auch andere Zwecke denkbar sind, insbesondere eigene, unmittelbare Interessen den Beitritt zur Schuld eines andern veranlassen können, kann wohl nicht geleugnet werden.

[11]) Vgl. darüber unten 2. Kapitel.

[12]) Vgl. hiezu insbes. Planck Bd. II, 2. Hälfte Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 7; Staub/Könige Bd. III § 349 Anm. 65; Enneccerus Bd. I 2. Abt. § 417 S. 560 f.; Sörgel Bd. I § 765 Anm. 5.

[1]) Vgl. RGE. 67/128.

pflichtung des Interzedenten. Dabei ist es denkbar, daß der Interzedent sich als Aussteller[2]), Akzeptant[3]), Indossant[4]) eines Wechsels verpflichtet oder aber den Wechsel ausdrücklich als Wechselbürge[5]) unterzeichnet. Dabei ist außerdem möglich, daß auch die Hauptschuld dem Gläubiger gegenüber abstrakt übernommen wurde[6]).

Die Literatur behandelt diese Fälle großenteils nicht unter dem besonderen Gesichtspunkt der Interzession, was mit der allgemeinen, durch die Motive zum BGB. angeregten Stellungnahme zur Interzession überhaupt zusammenhängt. Immerhin findet sich bei der Mehrzahl der Schriftsteller ein Hinweis auf diese Geschäfte im Zusammenhang mit der Lehre zur Bürgschaft[7]). Eine besondere Stellung nimmt Reichel ein. Er will an sich den Begriff der Interzession auch für das geltende Recht aufrechterhalten, rechnet aber die hierher gehörigen Tatbestände nicht unter den Begriff der Interzession. Ein abstraktes Schuldversprechen jedweder Art, möge es auch zu Zwecken der Interzession erteilt sein, falle nicht unter den Begriff der Interzession. Ein Interzessionsgeschäft könne niemals zugleich ein abstraktes sein[8]). Nicht klar ersichtlich ist, was Reichel mit der Unterscheidung „Geschäft zu Interzessionszwecken" und wirkliches „Interzessionsgeschäft" bezweckt, insbesondere da er wiederholt[9]) auf diese Fälle zu sprechen kommt. So führt er u. a. — a. a. O. S. 235 — aus, daß sich in Kaufmannskreisen keine bestimmte Vorstellung über die Unterschiede der Bürgschaft und Schuldübernahme habe herausbilden können, da der Kaufmann in allen hier einschlägigen Fällen „ohne Unterschied das Universalauskunftsmittel des Wechsels" zur Hand nehme. „In Form des Wechsels werden nicht nur Kaufpreise bezahlt und Darlehen gewährt, sondern auch Bürgschaften geleistet und fremde Schulden übernommen." Diesen Ausführungen ist beizupflichten; im Gegensatz zu Reichel werden aber diese Fälle zur Interzession zu rechnen sein. Die Interzession läßt sich, wie schon wiederholt betont wurde, nicht auf eine bestimmte äußere Form festlegen. Es ist deshalb durchaus

[2]) Vgl. RGE. 96/137, 94/85.
[3]) Vgl. RGE. 51/111; LZ. 1916 S. 1378[11].
[4]) Vgl. RGE. 96/137.
[5]) Vgl. RGE. 40/60; ROHG. 12/149, 18/303; JurW. 1903 Beil. 43[94] (OLG. Kiel).
[6]) Vgl. RGE. 96/137: „Der Hauptschuldner hatte sich hier dem Gläubiger gegenüber neben einer weiter bestehenden kausalen Darlehensschuld zur Rückzahlung dieser Schuld durch Wechselakzept verpflichtet, der Interzedent als Aussteller und Indossant des Wechsels.
[7]) Vgl. Planck Bd. II, 2. Hälfte Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 8; Staub/Könige Bd. III § 349 Anm. 10; RGRKomm. Bd. II Vorbem. vor § 765 Anm. 5 e.
[8]) Vgl. Schuldmitübernahme S. 23 f., S. 182.
[9]) z. B. a. a. O. S. 44 f.

nicht notwendig, daß die causa intercedendi im Verhältnis zum Gläubiger wie bei der Bürgschaft klar zutage tritt. Es sind demnach auch diese abstrakten Geschäfte, soweit sie zur Sicherung der Schuld eines andern dienen sollen, unter den Interzessionsbegriff zu bringen. Diesen Standpunkt vertritt auch das Reichsgericht[10]) und Dernburg[11]).

Die Haftung des Interzedenten dem Gläubiger gegenüber ist natürlich bei Unterzeichnung eines Wechsels in „Bürgschaftsabsicht" weit schärfer als bei Abgabe einer Bürgschaftserklärung im Sinn des BGB. Bei Inanspruchnahme durch den Gläubiger wird der Interzedent aber auch hier ein Interesse an möglichster Erleichterung des Rückgriffs gegen den Hauptschuldner haben. Der Laie wird es daher nicht einsehen, wenn hier ein „Unterschied" in der rechtlichen Behandlung der Interzessionsfälle stattfindet. Insbesondere wird er es nicht begreifen, warum ihm der Rückgriff auf den eigentlichen Schuldner, wenn er in Form des Wechsels „Bürgschaft" hat leisten wollen, unverhältnismäßig schwerer gemacht wird, als wenn er nur ein einfaches Bürgschaftsversprechen geleistet hätte. Ob dieser Unterschied in der rechtlichen Behandlung in der Tat berechtigt ist, wird unten in § 21 näher zu untersuchen sein.

II. Das Eintreten für die Schuld eines Dritten ohne Weiterhaftung des Dritten: intercessio privativa.

§ 14.

Bisher wurde ein Überblick über die verschiedenen Fälle der „intercessio cumulativa" des heutigen Rechts zu geben versucht. Was die privative Interzession betrifft, so ist diese auch heute noch möglich. Es sind hier aber, wenn der Begriff der Interzession auf die Fälle des Eintretens für eine materiell fremde Schuld festgelegt wird, dieselben Einschränkungen zu machen wie für das römische Recht[1]). Den Anlaß zu einer Schuldübernahme im Sinn der §§ 414 ff. BGB. wird in der Regel das Interesse der „Schuldüberwälzung" geben, das hervorgerufen wird durch die „Verschiebung der Schuldinteressen"[2]). Die Regelfälle der Schuldübernahme bilden demnach die Fälle, in denen der

---

[10]) Vgl. RGE. 94/85 und 96/137 ff.: hier wird der Interzessionscharakter dieser Fälle ausdrücklich hervorgehoben.

[11]) Schuldverhältnisse 2. Abt. S. 342 Anm. 3: ... „das Akzept oder Indossament eines Dritten kann den Zweck haben, die Erfüllung der Schuld eines andern zu sichern. Dies ist nicht Bürgschaft, es ordnet sich aber dem weiteren Begriff der Interzession unter ..."; vgl. auch Schneider, BayZ. 1909 S. 6.

[1]) Vgl. oben S. 13 f.

[2]) Vgl. hiezu Reichel, Schuldmitübernahme S. 266 ff.

Übernehmer der Schuld eigentlicher Haupt- und Alleinschuldner wird. Dies ist insbesondere der Fall bei der Übernahme eines Geschäfts, überhaupt bei Übernahme von Gütern: normalerweise werden hier die Schulden mit übernommen. Diesen Regelfällen gegenüber wird es sich immer um Ausnahmen handeln, wenn im internen Verhältnis zwischen Alt- und Neuschuldner der erstere der Hauptschuldner bleibt, der Neuschuldner aber dem Gläubiger gegenüber die Schuld mit befreiender Wirkung für den eigentlichen Schuldner übernimmt. Auf privative Schuldübernahme wird der Interzedent auf Ansuchen des Altschuldners in der Regel nicht eingehen. Sie ist aber zu Interzessionszwecken denkbar, soweit der Interzedent auf einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner von vornherein verzichtet, er also den Dritten durch die Interzession beschenken will. Im Hinblick darauf sind nach der hier vertretenen Ansicht die Fälle der Schuldübernahme nur ausnahmsweise „auch" Interzessionsfälle[3]).

III. Die Interzession durch Alleinverpflichtung.

§ 15.

Schließlich fragt es sich, ob auch das heutige Recht noch Fälle der sog. „Interzession durch Alleinverpflichtung"[1]) kennt, in denen der eigentliche Schuldner mit dem Gläubiger überhaupt nicht in Verbindung tritt? Dies ist zu bejahen. Einen hierher gehörigen Fall behandelt das Reichsgericht in Warn. 1911 Nr. 429. Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde: der Beklagte hatte für seinen Schwiegersohn V. Geld von dem Kläger entliehen. Offenbar hätte der Kläger das Geld dem Schwiegersohn selbst nicht gegeben. Der Beklagte ist nach Ansicht des Reichsgerichts haftbar, da er das Darlehen „zum Nutzen eines Dritten" aufgenommen habe. Die Ähnlichkeit mit den im römischen Recht hierher gehörigen Fällen der „mutui dationes pro aliis" liegt auf der Hand[2]). Hierher werden auch die Fälle der „indirekten Stellvertretung" zu zählen sein, z. B. das Kommissionsgeschäft des HGB. §§ 383 ff.[3]).

---

[3]) Anderer Ansicht Reichel a. a. O. insbes. S. 22 f. und Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 417 S. 562.

[1]) Der Ausdruck stammt, wie oben S. 9 hervorgehoben wurde, von Hasenbalg, Beiträge zur Lehre von der Interzession.

[2]) Vgl. insbes. die L. 29 pr. D. 16, 1: Quidam voluit heredibus Lucii Titii mutuam pecuniam dare et cum eis contrahere; sed quoniam facultates eorum suspectas habuit, magis voluit uxori testatoris dare pecuniam ... und oben die Ausführungen S. 9 ff., S. 11.

[3]) Vgl. hiezu auch v. Tuhr, Actio de in rem verso S. 63 ff.

2. Kapitel.

Die Lösung des Problems der Form bei den Interzessionsfällen des geltenden Rechts.

§ 16.

Die Bestimmung des § 766 BGB.

Das Eintreten für einen andern bringt, wie schon hervorgehoben wurde[1]), für den Interzedenten in größerem oder geringerem Umfang Gefahren mit sich. Gering wird die Gefahr regelmäßig dann sein, wenn der Interzedent von dem eigentlichen Schuldner für sein Eintreten bereits Deckung in Händen hat[2]). Die vorausgehende Sicherstellung des Interzedenten durch den Dritten ist insbesondere denkbar in den Fällen der indirekten Stellvertretung, nämlich dann, wenn es dem Dritten nur darum zu tun ist, nicht nach außen hervorzutreten. Liegt diese Sachlage vor[3]), so wird der Interzedent in der Regel für sein Auftreten dem Gläubiger gegenüber von dem an der Sache materiell beteiligten Dritten sichergestellt sein. Vorausgehende Sicherstellung des Interzedenten seitens des Dritten kann auch in den anderen Fällen der Interzession, insbesondere auch bei der Bürgschaft, vorkommen. Regelmäßig wird aber dem Dritten die Deckung des Interzedenten im voraus nicht möglich sein, insbesondere dann, wenn die Interzession dazu dienen soll, dem Dritten bei dem Gläubiger Kredit zu verschaffen. Das Kreditbedürfnis des Dritten bildet nämlich für die Mehrzahl der Interzessionsfälle ein Motiv[4]) für das Eintreten des andern. Auch heute

---

[1]) Vgl. oben S. 23 f.

[2]) Diese Fälle wurden schon im röm. Recht besonders hervorgehoben; das Interzedieren war unter diesen Umständen den Frauen nicht verboten bzw. an keine Form gebunden, da die Gefahr, einen Vermögensverlust zu erleiden, hier gemindert erschien bzw. ganz wegfiel; vgl. L. 16 pr. und L. 21 pr. D. 16, 1; L. 23 pr. § 1 Cod. 4, 29 und oben S. 18, S. 21.

[3]) Sie ist bei der indirekten Stellvertretung keineswegs immer gegeben; als Motiv ist hier auch denkbar, daß der Stellvertreter dem Dritten seinen Kredit zur Verfügung stellt und deshalb mit dem Gläubiger verhandelt.

[4]) Das Kreditbedürfnis ist nicht das einzige Motiv für die Fälle der Interzession; es sind insbesondere auch die Motive auf seiten des Interzedenten zu berücksichtigen, die äußerst verschiedenartig gestaltet sein können; meist wird auch der Interzedent ein mittelbar eigenes Interesse an der Interzession haben; so kann bei dem Eintreten von Verwandten füreinander das Interesse an der Aufrechterhaltung der Familienehre eine Rolle spielen, vgl. RGE. 51/120 f. und 90/418. Der Interzedent kann aber für die Schuld des Dritten auch eintreten, z. B. Bürgschaft übernehmen, da er dem Unternehmen des Dritten selbst schon Kredit gewährt hat, weitere Kreditgewährung durch den

noch gilt als Regel, was Dernburg[5]) für die Interzessionsfälle des römischen Rechts ausführt: „Meist ... geschieht die Interzession bewußtermaßen, um einem andern Hilfe zu bringen, Kredit zu verschaffen oder zu verlängern". Mit Rücksicht auf diese Regelfälle ist es gerechtfertigt, wenn die Rechtsordnung von jeher besondere Vorschriften zum Schutz des Interzedenten aufstellte. Solche Schutzvorschriften waren im römischen Recht das Verbot der intercessio mulieris durch die kaiserliche Gesetzgebung und insbesondere das Senatus Consultum Vellejanum, später die von Justinian aufgestellte besondere Formvorschrift. Im BGB. gehört hierher insbesondere[6]) die Formvorschrift des § 766 BGB.: „Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich."

Die Bestimmung des § 766 wurde erst auf einen in der Reichstagskommission gestellten Antrag hin in das Gesetz aufgenommen. In den Motiven zum BGB. wird noch das Prinzip der Formfreiheit des Bürgschaftsvertrags verteidigt[7]). Der Zweck der nachträglich eingeführten Formvorschrift war insbesondere der, „übereilte, leichtsinnige Bürgschaften zu verhüten". Daneben sollte die Form der Klarstellung dienen, für welche Schuld die Bürgschaft übernommen wurde[8]). Im Hinblick auf die Gefahren, die mit der Bürgschaft verbunden seien, wollte man, wie aus der Begründung des in der Reichstagskommission gestellten Antrags hervorgeht, durch Einführung einer Formvorschrift den sich Verpflichtenden „zu größerer Vorsicht" anspornen[9]).

Die Gefahr der Übereilung auf seiten des Interzedenten und das Interesse an Klarstellung auf seiten des Gläubigers ist nun aber auch in den übrigen Interzessionsfällen in höherem bzw. geringerem Grad vorhanden[10]). An sich würde es daher naheliegen, die Vorschrift des § 766 BGB., soweit nicht andere Schutzvorschriften in den einzelnen Fällen eingreifen, analog anzuwenden. Es sind hier aber Gegengründe zu berücksichtigen. Eine Grenze für die Übertragbarkeit des § 766 bilden

---

Gläubiger dem Interzedenten also mittelbar eigenen Vorteil bringt. Vgl. hiezu die Ausführungen von Reichel, Schuldmitübernahme S. 260 f.

[5]) System § 340 S. 723.

[6]) Vgl. auch § 1822 Ziff. 10 BGB. und oben S. 22.

[7]) Vgl. Mugdan II S. 368.

[8]) Vgl. Mugdan II S. 368.

[9]) Vgl. Mugdan II, KommBer. S. 1295.

[10]) Vgl. auch Martinius in Gruchot Bd. 49 S. 186 f. Martinius betont mit Recht, daß die Gefahr leichtsinniger Übereilung bei jeder Interzession zugunsten eines Dritten gegeben sei und führt deshalb mit Rücksicht auf die kumulative Schuldübernahme aus, es wäre nützlich gewesen, „wenn man für die kumulative Schuldübernahme so gut wie für die selbstschuldnerische Bürgschaft die Schriftlichkeit vorgeschrieben hätte".

einerseits besonders aufgestellte gesetzliche Bestimmungen, andererseits aber Gegeninteressen auf der Gläubigerseite, deren Berücksichtigung den Ausschluß einer besonderen Schutzvorschrift rechtfertigt. In den beiden folgenden Paragraphen wird sich demnach eine Untersuchung der Frage anschließen, in welcher Weise das Problem der Form bei den andern Interzessionsfällen im geltenden Recht gelöst ist.

§ 17.

Die Durchführung der Formvorschrift bei Bürgschaft und Kreditauftrag im geltenden Recht.

Wie aus dem Kommissionsbericht[1]) hervorgeht, ist die Formvorschrift auf die Bürgschaft beschränkt geblieben. Insbesondere wurde ein Antrag, auch für die Schuldübernahme Schriftform einzuführen, abgelehnt. Die Bestimmung des § 766 ist nun schon für die Fälle der Bürgschaft selbst im geltenden Recht nicht ausnahmslos durchgeführt. Die Schutzvorschrift fällt nämlich nach § 350 HGB. dann weg, wenn der Bürge Vollkaufmann ist. Die größere Geschäftsgewandtheit, die beim Kaufmann vorausgesetzt wird, ist es, die hier die Sonderbehandlung rechtfertigt[2]). Eine Grenze für die Durchführung der Formvorschrift ergibt sich demnach mit Rücksicht auf die Person des Interzedenten.

§ 350 HGB. ist nicht die einzige gesetzliche Bestimmung, die die Anwendbarkeit des § 766 beschränkt. Ein weiterer hierher gehöriger Fall ist § 778 BGB. Die Formvorschrift ist bei dem im Gesetz ebenfalls ausdrücklich geregelten Interzessionsfall des Kreditauftrags nicht durchgeführt[3]).

Die Begründung der Formlosigkeit des Kreditauftrags wurde in verschiedener Weise versucht. Die Gründe, die die Motive[4]) anführen,

---

[1]) Vgl. Mugdan II S. 1295.

[2]) Vgl. v. Heck, ACivPr. Bd. 92/438 ff., insbes. S. 443 u. 458: „Es ist ganz sicher, daß die strenge Behandlung des Kaufmanns, die Beseitigung gesetzlicher Schutzvorschriften" (darunter ist a. a. O. u. a. die Bestimmung des § 766 BGB. verstanden) „durch die größere Geschäftstüchtigkeit bedingt ist, die den Kaufmann offensichtlich auszeichnet und die er seiner ständigen Übung verdankt ..."

[3]) Ebenso die H. M. in Rechtsprechung und Literatur: vgl. RGE. 50/160, 51/122; Staudinger 3./4. Aufl. Bd. II, 2. Hälfte § 778 Bem. 2 aα; Staub/Könige Bd. III § 349 Anm. 56; RGRKomm. Bd. II § 778 Anm. 1 u. 2; Oertmann, Komm. zum BGB. § 778 Anm. 2a; Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 416 S. 559; Eccius in Gruchot Bd. 46 S. 55 ff.; Bendix, BürgA. Bd. 20 S. 155 ff. — A. A. insbes. Lippmann in JhJ. Bd. 48 S. 315 ff.

[4]) Vgl. Mugdan II S. 382.

sind allerdings nicht ausschlaggebend. Der Hinweis darauf, daß „so wenig als für die Bürgschaft überhaupt" ein Anlaß zu einer besonderen Formvorschrift gegeben sei, wurde durch die nachträgliche Einführung der schriftlichen Form für die Bürgschaft hinfällig. Wenig einleuchtend erscheint auch die Begründung von Eccius[5]). Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags erfordere § 766 die Schriftform. Im Fall des § 778 stehe dagegen nicht ein Vertrag, sondern eine Ermächtigung in Frage, bei der die Haftung erst aus dem Gebrauchmachen von der Ermächtigung erwachse. Daher sei auch die Schriftform entbehrlich. Eine Unterscheidung dieser Art läßt sich m. E. nicht durchführen. Auch bei dem Kreditauftrag handelt es sich nicht bloß um eine Ermächtigung, sondern um einen Vertrag, der durch die Annahme des Beauftragten zustande kommt.

Die Rechtsprechung und die Mehrzahl in der Literatur[6]) stützt ihre Begründung vor allem auf den Wortlaut des § 778 selbst. Das Gesetz habe die Anwendbarkeit der Bürgschaftsvorschriften auf die Haftung des Auftraggebers beschränkt. Der Interzedent hafte dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge; für die Erteilung des Auftrags dagegen komme Bürgschaftsrecht nicht in Betracht. Als weiterer Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 766 wird daneben[7]) angeführt, daß der Interzedent bei dem Kreditauftrag bis zur Kreditgewährung die Möglichkeit des Widerrufs und der Kündigung habe, während der Bürge an den Vertrag gebunden sei. Daß der Gesetzgeber selbst von der Formlosigkeit des Kreditauftrags ausging, geht m. E., abgesehen von dem Wortlaut des § 778, auch daraus hervor, daß § 350 HGB. den Kreditauftrag nicht aufzählt. Das Ergebnis, zu dem der Wortlaut des Gesetzes wie die Übergehung des Kreditauftrags in § 350 HGB. zwingt, ist allerdings nicht befriedigend. An sich ist nämlich die Gefahr der Übereilung und das Bedürfnis nach Klarstellung ebenso wie bei der Bürgschaft auch beim Kreditauftrag vorhanden[8]). Planck[9]) macht m. E. mit Recht darauf aufmerksam, daß vom Standpunkt des Gesetz-

---

[5]) a. a. O. S. 63.
[6]) RGE. 50/160; Planck Bd. II, 2. Hälfte § 778 Anm. 3a.
[7]) Vgl. insbes. RGE. 50/160.
[8]) Dies verkennt m. E. RGE. 50/160 ff., wenn sie die Begründung u. a. darauf stützt, daß das BGB. für (dem Kreditauftrag) ähnliche Rechtsinstitute, z. B. Interzessionen eine Form nicht vorgeschrieben habe. Der Kreditauftrag fällt ja eben, wie die Bürgschaft, unter den weiteren Begriff der Interzession, er ist der Interzession nicht nur ähnlich! Darauf und auf den Gedanken der Gefahr, der auch beim Kreditauftrag in Betracht komme, macht insbesondere Lippmann a. a. O. S. 329 f. aufmerksam.
[9]) Vgl. a. a. O.

gebers aus die Frage wohl aufgeworfen werden könne, ob nicht, wenn man für die Bürgschaft die schriftliche Form verlange, das gleiche für den Kreditauftrag vorzuschreiben sei.

§ 18.

Weitere Grenzen für die Übertragbarkeit der Bestimmung des § 766 BGB. auf andere Interzessionsfälle.

Im Anschluß an die Bürgschaft und den Kreditauftrag sind hier zunächst die sog. kumulative Schuldübernahme und die oben behandelten Fälle des „Garantievertrags“[1]) hervorzuheben. Auf die Lösung des Problems der Form in diesen Fällen ist schon bei der Darstellung der Interzessionsfälle im geltenden Recht hingewiesen[2]). Kumulative Schuldübernahme und Garantievertrag sind im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt; die Rechtsprechung erkennt aber die Formlosigkeit beider Verträge an. Bei der kumulativen Schuldübernahme ist allerdings bezüglich des Problems der Form eine Änderung der Ansicht des Reichsgerichts gegenüber früherer Praxis festzustellen. Diese Ansichtsänderung hängt aber m. E. damit zusammen, daß die Tendenz besteht, die Fälle des Eintretens für eine materiell fremde Schuld aus dem Begriff der Schuldübernahme überhaupt auszuscheiden. Für die eigentlichen Interzessionsfälle wurde von jeher die Form des § 766 verlangt[3]). „Im Zweifel“ entscheidet sich das Reichsgericht bei diesen Fällen neuerdings für die Bürgschaft; dagegen ist das Anwendungsgebiet des Garantievertrags m. E. auf Kosten der Bürgschaft erweitert. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts erscheint in diesen Fällen auch im Hinblick auf das Problem der Form bedenklich[4]).

Es fragt sich nun, inwieweit in den übrigen Fällen der Interzession eine analoge Anwendung des § 766 in Betracht kommt. Die Schutzvorschrift scheidet entsprechend dem römischen Recht auch im geltenden Recht mit Rücksicht auf die Interessen des Gläubigers an der Aufrechterhaltung des Geschäfts dann aus, wenn dieser gar nicht weiß, daß der andere „interzedieren“ will. Diese Rechtslage ist insbesondere denkbar in den Fällen der sog. Interzession durch Alleinverpflichtung;

---

[1]) das Einstehen für die Schuld eines Minderjährigen; die Übernahme der Haftung für die Güte einer Forderung bzw. einer Hypothek. Vgl. oben §§ 9 und 10.

[2]) Vgl. oben §§ 9 und 12, S. 26 f., S. 31, S. 41.

[3]) Vgl. insbes. RGE. 51/120, 90/417 und RG. LZ. 1921 S. 220.

[4]) Vgl. im übrigen die Ausführungen oben S. 26 f., S. 31.

sie ist aber auch möglich bei der privativen Schuldübernahme[5]). Auch hier wird der Gläubiger in der Regel keinen Einblick in die internen Verhältnisse zwischen Urschuldner und Neuschuldner haben.

Grenzen für die Übertragbarkeit der Bestimmung des § 766 ergeben sich aber nicht allein im Hinblick auf entgegenstehende, ebenso schutzwürdige Interessen des Gläubigers. Eine besondere Schutzvorschrift mit Rücksicht auf den Interzessionscharakter des Geschäfts ist nämlich in all den Fällen überflüssig, in denen das Geschäft schon mit Rücksicht auf andere Gesichtspunkte an eine Form gebunden ist. Dies ist der Fall bei der wechselmäßigen Interzession, der Interzession durch abstraktes Schuldversprechen und der Hypothekbestellung für fremde Schuld. Die analoge Anwendbarkeit des § 766 scheidet in diesen Fällen aus, da hier ein gleichwertiger „Ersatz" eingetreten ist. Der Gesichtspunkt des „Ersatzes" wird in diesen Fällen auch vom Reichsgericht für die wechselmäßige Interzession im besonderen anerkannt, vgl. RGE. 51/111 ff.[6]): Der Ehemann der Klägerin war dem Beklagten eine Summe von 38000 Mk. schuldig. Die Klägerin hatte für diese Schuld ihres Ehemanns zugunsten des Beklagten einen Sichtwechsel über 38000 Mk. akzeptiert. Das Reichsgericht verneint in diesem Fall mit Recht Bürgschaft, führt aber aus, daß die Klägerin aus dem Wechselversprechen, das eine „Verbürgung in Wechselform" bezweckt habe, hafte[7]). Die schriftliche Bürgschaftsform finde einen „hinsichtlich ihrer vom Gesetzgeber erwarteten Wirkung" (gemeint ist der Schutz gegen Übereilungen) „mindestens gleichwertigen Ersatz in der Schriftform des Wechsels selber".

An diese Gruppe schließen sich die Fälle der Bestellung eines beweglichen Pfandes „zu Interzessionszwecken" an, da auch hier der Gesichtspunkt des „Ersatzes" hereinspielt. Eine bestimmte Form im Sinn des § 766 ist hier in der Regel überflüssig, da zur Bestellung des Pfandes die Übergabe der Sache an den Gläubiger erforderlich ist (bzw. bei irregulärem Geldpfandrecht die Übertragung des Geldes zu Eigentum des Gläubigers). Der Gefahr „leichtfertiger Übereilung" auf seiten des Interzedenten ist demnach hier, soweit die Bestellung an die Form der Übergabe geknüpft ist, vorgebeugt[8]).

---

[5]) Interzession durch privative Schuldübernahme wird übrigens, wie oben S. 43 f. hervorgehoben wurde, selten vorkommen.

[6]) abgedruckt auch in JurW. 1902 Beil. 231 [97].

[7]) Vgl. a. a. O. S. 113.

[8]) Eine analoge Anwendbarkeit des § 766 ist aber m. E. für die Fälle zu erwägen, in denen eine unmittelbare Übergabe der Pfandsache vom Interzedenten an den Gläubiger nicht erfolgt, vielmehr der Gläubiger des Dritten schon im Besitz der dem Interzedenten gehörigen Sache ist bzw. der

Der Gesichtspunkt des Ersatzes greift in den zuletzt genannten Fällen dann nicht durch, wenn der Interzedent sich dem Gläubiger gegenüber in einem Vorvertrag zur Bestellung eines Pfandes (einer Hypothek bzw. eines beweglichen Pfandes) für die Schuld eines Dritten bzw. zur Übernahme einer wechselmäßigen Interzession oder einer abstrakten Verpflichtung im Sinn der §§ 780 ff. BGB. verpflichtet hat. Hier fragt es sich demnach, ob § 766 analog anzuwenden ist. Bei der Bürgschaft wird vom Reichsgericht die Anwendbarkeit des § 766 auch für den Fall des Bürgschaftsvorvertrags bejaht. RGE. 76/304 betont, daß schon das Versprechen des Bürgen dem Gläubiger gegenüber, die Bürgschaft zu übernehmen, der Form des § 766 bedürfe. Die Durchführung der Formvorschrift ist in diesem Fall angebracht, da die Gefahr der Übereilung (auf seiten des Interzedenten) bzw. das Interesse an Klarstellung (auf seiten des Gläubigers) in gleicher Weise wie beim Hauptvertrag auch beim Vorvertrag vorhanden ist. Die gleichen Erwägungen treffen nun aber auch in den übrigen Fällen zu. Eine analoge Anwendung des § 766 erscheint demnach hier angemessen. In der Rechtsprechung des Reichsgerichts wird nun aber die Übertragbarkeit des § 766 für diese Fälle abgelehnt: in Recht 1907 Nr. 1306 wird ausdrücklich hervorgehoben, daß ein die „Verbürgung in Wechselform" bezielendes Wechselversprechen nicht der Form des § 766 bedürfe. In Recht 1908 Nr. 278[9]) wird die Verpflichtung zur Bestellung einer Barkaution ebenfalls für formlos gültig erklärt. Der Ansicht des Reichsgerichts in diesen Fällen hat sich in der Literatur insbesondere Planck[10]) angeschlossen. Dem Reichsgericht wie Planck ist zuzugeben, daß in diesen Fällen eine Verbürgung des Interzedenten für eine fremde Schuld nicht vorliegt. Daraus folgt aber m. E. noch nicht, daß auch eine analoge Anwendung des § 766 BGB. nicht in Betracht kommt[11]).

Interzedent selbst nur mittelbarer Besitzer der Pfandsache zur Zeit der Übernahme der Interzession ist: § 1205 Abs. 1 Satz 2 und § 1205 Abs. 2.

[9]) Die gleiche Entscheidung ist abgedruckt in Warn. 1909 Nr. 207.

[10]) Vgl. Bd. II, 2. Hälfte § 766 Anm. 11 und Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 8 und 9.

[11]) Das Schweiz. OblR. schreibt für den Vorvertrag ganz allgemein in Art. 22 Abs. 2 vor: „Wo das Gesetz zum Schutz der Vertragschließenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrags eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag."

3. Kapitel.

Das Problem des Rückgriffs: Inwieweit ist eine analoge Anwendung des § 774 Abs. 1 BGB. auf die Interzessionsfälle des geltenden Rechts gerechtfertigt?

§ 19.

Die Bestimmung des § 774 Abs. 1 BGB. Interessenlage und Konstruktionsfragen.

I. Das gemeinsame Wesen der Interzessionsfälle liegt, wie schon mehrfach hervorgehoben wurde, darin, daß im internen Verhältnis nicht der Interzedent, sondern der Dritte die Schuld endgültig tragen muß. Regelmäßig wird nun zwischen Interzedenten und Dritten ein besonderes Rechtsverhältnis bestehen: Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. eine Geschäftsbesorgung im Sinn des § 675 BGB. Ausnahmsweise ist auch Schenkung denkbar, wenn sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung[1]) einig sind.

Als Normalfall für das interne Verhältnis setzt das Gesetz auch bei der Bürgschaft Auftrag voraus: § 775 BGB. Im übrigen ist das Innenverhältnis bei der Bürgschaft nicht geregelt. Das Gesetz hat sich in dieser Richtung darauf beschränkt, zur Erleichterung des Rückgriffs des Bürgen in § 774 Abs. 1 zu bestimmen:

„Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über", sog. Subrogation. Das Gesetz geht auch hier wie bei der Bestimmung des § 766 von den Normalfällen[2]) der Bürgschaft aus: der Bürge ist für den Dritten eingesprungen, ohne für sein Eintreten Deckung in Händen zu

---

[1]) Die Zuwendung selbst kann sich entsprechend den mannigfachen äußeren Formen der Interzession verschieden gestalten: möglich ist daher die Bestellung einer Hypothek am eigenen Grundstück für die Schuld des Beschenkten, die Zeichnung eines Wechsels oder das Eingehen eines abstrakten Schuldversprechens für eine fremde Schuld, die privative Übernahme einer Schuld des Beschenkten. Alle diese Fälle stimmen darin überein, daß der Schenker — Interzedent — auf die Rückgriffsansprüche gegen den Beschenkten — Dritten — verzichtet; vgl. hiezu auch Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 343 S. 359.

[2]) Vgl. auch Planck Bd. II, 2. Hälfte § 774 Anm. 1: Im Anschluß an das im Leben die Regel bildende Verhältnis geht das Gesetz davon aus, daß der Bürge das Recht habe, seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu nehmen; ähnlich auch Koban, Regreß des Bürgen, S. 86 ff.

haben[3]). Die Bestimmung des § 774 ist demnach im Hinblick auf die als normal vorauszusetzende Interessenlage gerechtfertigt.

Die Bedeutung des § 774 liegt nun in einer Erleichterung und einer Sicherung des Rückgriffs des Bürgen. Die Erleichterung besteht darin, daß der Bürge (im Hinblick auf § 774) nicht gezwungen ist, im Streitfall das Vorliegen eines bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen ihm und dem Dritten nachweisen zu müssen. Es tritt eine Umkehrung der Beweislast ein[4]). „Die erworbene Gläubigerforderung überhebt den Bürgen", wie Sohm[5]) richtig betont, „des Nachweises seines Regreßrechts aus dem unterliegenden Verhältnis." Der Regreß wird „präsumiert". § 774 kommt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch dann zur Anwendung, wenn im Einzelfall ein bestimmtes Rechtsverhältnis zwischen Bürgen und Dritten überhaupt nicht besteht, vgl. RGE. 59 S. 10 ff.: „der Schuldner braucht zum Bürgen überhaupt nicht in einem Rechtsverhältnis zu stehen; Rechte und Pflichten zwischen diesen Personen kommen dann nicht in Frage. Nur für den Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen gilt § 774 ...". Die Sicherung des Rückgriffs, die § 774 gewährt, liegt darin, daß mit der Forderung des Gläubigers auch die für die Forderung bestellten Nebenrechte, insbesondere die für die Forderung bestehenden Pfandrechte auf den Bürgen übergehen: § 412 in Verb. mit § 401 BGB.[6]). Die Bedeutung des Übergangs der Gläubigerforderung mit den dafür bestehenden Nebenrechten auf den befriedigenden Bürgen zeigt sich insbesondere im Fall des Konkurses des Hauptschuldners. Der Bürge kann hier den Rang[7]) der Gläubigerforderung beanspruchen, was für den Bürgen dann von Vorteil ist, wenn die Gläubigerforderung einen besseren Rang unter den Konkursforderungen einnimmt als die Regreßforderung des Bürgen auf Grund des internen Rechtsverhältnisses zum Gemeinschuldner. Bestehen Pfandrechte für die Gläubigerforderung, so kann der Bürge Ansprüche auf Absonderung gegenüber der Konkursmasse geltend machen[8]). Der gesetzliche Übergang der Gläubigerforderung bedeutet demnach für den Bürgen nicht nur eine Erleichterung seiner Rechtsstellung im Prozeß, sondern auch eine sachliche

---

[3]) Für Ausnahmefälle: Deckung bzw. Schenkung im Innenverhältnis gilt § 774 Abs. 1 Satz 3 BGB.

[4]) Hierauf macht insbes. Koban aufmerksam, S. 79, S. 81 ff. u. S. 85 a. a. O.

[5]) Vgl. System S. 519.

[6]) Dieser Grundsatz ist bei Mitbürgen eingeschränkt, vgl. 774 Abs. 2 BGB. und unten § 25.

[7]) Vgl. hiezu RG. LZ. 1916 S. 1378[11].

[8]) Vgl. hiezu RGE. 96/137 ff.

Steigerung seiner Rechte überhaupt[9]). Im Hinblick auf diese Vorteile wird demnach der Bürge ein gesteigertes Interesse an dem Eintritt in die Gläubigerrechte haben. Demgegenüber sind die Interessen des Gläubigers (soweit solche überhaupt noch bestehen) im Gesetz ausdrücklich geschützt; vgl. § 774 Abs. 1 Satz 2. Die Lage des Hauptschuldners und der etwa vorhandenen Drittschuldner[10]) wird durch diesen Eintritt des Bürgen ebenfalls nicht verschlechtert. Die Vorschrift der Subrogation entspricht daher der typischen Interessenlage der bei der Zahlung Beteiligten. Diese Interessenlage wird, wenn sie erkannt ist, zu einer Abtretung führen. Aber das Gesetz greift auch bei Fehlen von Abreden durch die interessengemäße Gestaltung ein.

II. In der Literatur spielt nun eine unverhältnismäßig große Rolle die Frage, wie sich der gesetzliche Übergang der Gläubigerrechte auf den befriedigenden Bürgen „konstruieren" lasse. Es sollen hier insbesondere drei Theorien erwähnt werden:

1. Für das römische Recht, aber auch für das Recht des BGB. wurde und wird die Annahme vertreten, daß der Forderungsübergang den Charakter eines Kaufs bzw. fingierten Kaufs habe. Diese Ansicht vertritt Dernburg[11]) für das beneficium cedendarum actionum im römischen Recht, den geschichtlichen Vorläufer des § 774 BGB.: „War ... die Zahlung der Bürgschaftsschuld verlangt und geleistet, so wird sie wie Kaufgeld für den Erwerb der Forderung behandelt." Für das heutige Recht wird diese Meinung insbesondere von Oertmann[12]) und den Motiven zum BGB.[13]) vertreten.

   Gegen diese Ansicht wendet sich insbesondere Schulz[14]), der hervorhebt, daß es auf den Willen des Bürgen bei dem Forderungsübergang gar nicht ankomme; er bezeichnet deshalb

---

[9]) A. A. Sohm, System S. 519; wie oben Koban S. 41 ff., insbes. S. 82/83: Der Zweck der Subrogation bestehe darin, „dem Bürgen den Regreß, der ihm nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen aus seinem inneren Verhältnis zum Hauptschuldner erwächst, in der besten Qualität und zugleich in der einfachsten und für den Bürgen bequemsten Form zu vermitteln".

[10]) Ist der Drittschuldner ebenfalls Interzedent, so erhebt sich freilich die Frage, inwieweit ein verhältnismäßiger Ausgleich im internen Verhältnis in Betracht kommt, bzw. ein diesem Ausgleichsverhältnis entsprechender beschränkter Übergang der Gläubigerforderung; vgl. darüber unten 4. Kapitel.

[11]) System § 337 S. 717 f.

[12]) Komm. zum BGB. § 774 Anm. 3 b: die Zahlung von seiten des Bürgen auf die Forderung gegen den Hauptschuldner werde nicht „solvendi", sondern eher „emendi animo" vollzogen.

[13]) Vgl. Mugdan II S. 376.

[14]) Rückgriff und Weitergriff S. 27.

diesen Konstruktionsversuch als „verlogenen Spiritualismus", der den Parteien einen Willen unterstelle, von dem sie selbst nichts wissen.

2. Eine weitere Ansicht geht dahin, daß es sich bei § 774 um eine Fiktion der Zession handle[15]).
3. Als herrschend darf wohl folgende Meinung bezeichnet werden: Der Bürge erfüllt bei Befriedigung des Gläubigers seine eigene, von der des Hauptschuldners verschiedene Schuld. Die Hauptschuld bleibt trotz Befriedigung durch den Bürgen weiter bestehen und geht auf den Bürgen über. Diese Ansicht wird vertreten von RGRKomm.[16]), Staudinger[17]), Planck[18]), Oertmann[19]), Gierke[20]), Hruza[21]), Koban[22]). Gegen diese in der Literatur h. M. haben sich insbesondere Enneccerus und Schulz erklärt. Beide betonen, daß sich eine Trennung zwischen Hauptschuld und Bürgschaftsschuld in diesem Sinn überhaupt nicht durchführen lasse[23]).

Für den Wert dieser Konstruktionsversuche gilt das gleiche, was schon für die Konstruktionen bezüglich der „Natur des Pfandrechts" — oben S. 35 — ausgeführt wurde. Diese Versuche können höchstens

---

[15]) Vgl. hiezu insbes. Reichel, Schuldmitübernahme S. 565 f.: Das Gesetz fingiere eine Zession im Sinne des § 398; für diese Annahme scheint nach Reichel, der übrigens diese Konstruktion nicht verteidigt, auch die Geschichte des Instituts zu sprechen; denn es sei unzweifelhaft, daß die Subrogation sich aus dem beneficium cedendarum actionum entwickelt habe; vgl. hiezu auch die Motive zum BGB., Mugdan II S. 376.

[16]) Bd. II § 765 Anm. 5, § 774 Anm. 1: Der Bürge tilgt nicht die Hauptschuld, sondern seine Bürgschaftsschuld; die Hauptverbindlichkeit erlischt mithin nicht infolge der Zahlung des Bürgen, sie wechselt nur die Person des Gläubigers.

[17]) Bd. II, 2. Hälfte 3./4. Aufl. § 774 Anm. 1.

[18]) Bd. II, 2. Hälfte § 774 Anm. 1.

[19]) Komm. zum BGB. § 774 Anm. 3 b.

[20]) Deutsches Privatrecht Bd. III S. 784.

[21]) SächsA. Bd. 5 S. 297.

[22]) a. a. O. S. 82 f.: „Das Gesetz verfügt autoritativ, daß durch eine Zahlung von seiten des Bürgen das alte Forderungsrecht gar nicht erlischt ..." „Verwendung des alten Forderungsrechts als Mittel zur Durchführung des aus dem internen Verhältnisse entspringenden Regresses — damit ist die Subrogation des Bürgen ... charakterisiert."

[23]) Vgl. hiezu im einzelnen Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 411 Anm. 2 S. 452: „Verfehlt ist ... der Streit, ob der Bürge, wenn er leiste, die Schuld des Hauptschuldners oder die eigene erfülle, denn beides ist richtig: er erfüllt die Schuld des Hauptschuldners und erfüllt dadurch zugleich die eigene Verpflichtung ..."; Schulz a. a. O. S. 29: „Es ist ein verkünstelter Gedanke, daß die Leistung des Bürgen nicht auch den Hauptschuldner befreien sollte ..."

Bildwert beanspruchen. Die h. M. ist insoweit im Recht, als sie bei der Bürgschaft zwei Verbindlichkeiten dem Gläubiger gegenüber annimmt, nämlich die Verpflichtung des Bürgen und die Verpflichtung des Hauptschuldners. Die Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen bringt aber auch die Verpflichtung des Hauptschuldners zum Erlöschen. Das Ergebnis ist hier das gleiche, das § 422 BGB. für die Befriedigung des Gläubigers durch einen Gesamtschuldner vorschreibt: „Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner."[24]) Es erlöschen demnach auch bei der Bürgschaft im Fall der Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen beide Schulden, und die h. M. operiert in Wahrheit mit einer Fiktion, wenn sie die Schuld des Hauptschuldners trotz der Befriedigung des Bürgen unberührt bestehen bleiben läßt. Diese Fiktion soll in der Literatur dazu dienen, die Bestimmung des § 774 zu erklären. Sie ist aber dazu gar nicht erforderlich, die Subrogation ist mit Rücksicht auf die Interessenlage gerechtfertigt.

Es fragt sich nun, inwieweit der Gedanke der Subrogation auf die übrigen Interzessionsfälle analog zu übertragen ist. Dabei sollen die Fälle der kumulativen Interzession, da sie der Bürgschaft auch äußerlich am nächsten stehen, zuerst behandelt werden.

§ 20.

Die besondere gesetzliche Regelung bei der Pfandbestellung für fremde Schuld.

Bei der Pfandbestellung für fremde Schuld ist eine dem § 774 BGB. entsprechende Vorschrift im Gesetz selbst enthalten: § 1143 Abs. 1 und § 1225 BGB.

§ 1143 Abs. 1 bestimmt: „Ist der Eigentümer nicht der persönliche Schuldner, so geht, soweit er den Gläubiger befriedigt, die Forderung auf ihn über. Die für einen Bürgen geltenden Vorschriften des § 774 Abs. 1 finden entsprechende Anwendung." Die Regelung des § 1143 ist nun, soweit es sich um Interzessionsfälle handelt, berechtigt. Der persönliche Schuldner ist dann im internen Verhältnis der Hauptschuldner. Der Eigentümer des Grundstücks ist in diesem Fall ähnlich wie der Bürge nur zur Sicherung des Gläubigers eingetreten; im internen Verhältnis ist er daher befugt, seinen Regreß gegen den Hauptschuldner zu nehmen. Tatsächlich liegen nun aber die internen Verhältnisse meist anders. In den häufigsten Fällen entsteht die Divergenz zwischen

[24]) Über das Verhältnis der Gesamtschuld zur Bürgschaft im besonderen vgl. unten § 21.

Eigentümer und persönlichem Schuldner nachträglich im Anschluß an die Veräußerung des Grundstücks. Dabei ist es üblich, daß die auf dem Grundstück lastenden Hypotheken „in Anrechnung auf den Kaufpreis" vom Erwerber übernommen werden. Dies sieht das Gesetz übrigens an anderer Stelle ebenfalls als Regelfall an, vgl. die Bestimmung des § 416 BGB. Ist nun in diesem Fall die Schuldübernahme nur intern zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart, oder ist zwar privative Schuldübernahme von den Parteien beabsichtigt, kommt diese aber dadurch nicht zustande, daß der Gläubiger die Genehmigung verweigert, dann ist im Verhältnis zum Gläubiger der Veräußerer auch weiterhin als persönlicher Schuldner haftbar. Im internen Verhältnis aber ist der Erwerber dem Veräußerer gegenüber verpflichtet, die hypothekarisch gesicherte Schuld rechtzeitig zu erfüllen. Befriedigt daher der Erwerber den Gläubiger auf Grund der mit dem Veräußerer vereinbarten Erfüllungsübernahme, so kann er gegen den Veräußerer nicht Rückgriff nehmen, da er selbst die Schuld endgültig zu tragen hat. Ein Regreßanspruch gegen den persönlichen Schuldner kommt also in der Mehrzahl der Fälle gar nicht in Frage. Dementsprechend paßt auch die Bestimmung des § 1143 auf die Regelfälle nicht.

Die gleichen Ausführungen gelten nun aber auch im Fall des § 1225. Auch hier entsteht die Divergenz zwischen dem Verpfänder[1]) und dem persönlichen Schuldner häufig in den Fällen, in denen der Gegenstand nach Pfandbestellung veräußert wird. Das übliche ist auch hier, daß im internen Verhältnis der Erwerber die Schuld übernimmt, demnach bei Bezahlung der Schuld auch keine Regreßansprüche gegen den nach außen als persönlichen Schuldner weiterhaftenden Veräußerer geltend machen kann[2]).

Mit Rücksicht auf diese in der Praxis überaus häufigen Fälle wird in der Literatur und Rechtsprechung eine Einschränkung der Bestimmungen der §§ 1143 u. 1225 versucht. Das Gesetz wird dahin ausgelegt, daß der Übergang der Forderung nur dann eintrete, wenn ein Rückgriffsrecht des Eigentümers bzw. Verpfänders vorhanden sei. So

---

[1]) Der Verpfänder wird in den Regelfällen mit dem Eigentümer der Pfandsache identisch sein. Bei Divergenz zwischen Verpfänder und Eigentümer, z. B. bei Verfügung eines Dritten — des Verpfänders — über eine fremde Sache gilt bei Befriedigung des Gläubigers durch den Eigentümer die Bestimmung des § 1249 BGB. A. A. Schulz, Rückgriff und Weitergriff S. 55; Schulz will § 1225 auch auf den Eigentümer, der nicht der Verpfänder ist, ausdehnen.

[2]) Die Frage, wie sich der Rückgriff dann gestalte, wenn in diesen (Regel-) Fällen der als persönlicher Schuldner weiterhaftende Veräußerer selbst den Gläubiger befriedigt, wird unten in § 23 behandelt.

insbesondere Siber[3]): §§ 1143 Abs. 1 und 1225 Satz 1 seien dahin einschränkend auszulegen, daß „der vorgeschriebene Übergang der Forderung ein Rückgriffsrecht des Eigentümers" voraussetze. Ebenso Staudinger[4]) und RGE. 80/319 im Fall des § 1143.

§ 21.

Der Rückgriff bei den Fällen der Interzession durch abstraktes Schuldversprechen, insbesondere bei der wechselmäßigen Interzession.

Der Interzedent übernimmt in diesen Fällen neben dem Weiterbestehen einer kausalen bzw. abstrakten Schuld des Dritten zur Sicherung des Gläubigers eine abstrakte Verbindlichkeit: ein abstraktes Schuldversprechen im Sinn der §§ 780 ff. BGB. bzw. ein Wechselversprechen. In der Rechtsprechung ist die Frage des Rückgriffs bei diesen Tatbeständen besonders bestritten. Dabei wird in der Behandlung der beiden Interzessionsarten ein Unterschied gemacht. Es sollen demnach der besseren Übersicht halber beide Fälle getrennt behandelt werden.

I. Die Interzession durch abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 BGB.

Das Problem des Rückgriffs in diesem Fall behandelt die RGE. 67/128 ff. Der Entscheidung lag folgender Tatbestand zugrunde: H. (Hauptschuldner) schuldete der Klägerin (Gläubigerin) aus Kauf eine Summe von 13000 Mk. Neben H. verpflichtete sich der Beklagte (Interzedent) auf Ersuchen des H. durch Schuldschein der Klägerin zur Bezahlung der Kaufpreissumme in zwei Raten von 6000 Mk. und 7000 Mk. Die Verpflichtung des Beklagten erfolgte unter der Voraussetzung, daß H. der Klägerin eine Hypothek über 7000 Mk. auf eines seiner Grundstücke eintragen lasse. Diese Eintragung erfolgte nicht. Der Beklagte verweigerte infolgedessen die Zahlung der zweiten Rate (von 7000 Mk.) mit der Begründung, daß die Klägerin nicht in der Lage sei, die Hypothek über 7000 Mk. im Fall der Befriedigung durch den Beklagten an diesen abzutreten. Das Reichsgericht hat den Beklagten dem Klagantrag gemäß zur Bezahlung der 7000 Mk. verurteilt. In der Begründung der RGE. wird die Frage aufgeworfen, ob

---

[3]) in JhJ. Bd. 50 S. 158 f.

[4]) Vgl. Bd. III, 2. Teil § 1143 Bem. I, 1 b. A. A. insbes. Planck Bd. III, 2. Hälfte § 1143 Anm. 2 b; RGRKomm. Bd. III § 1143 Anm. 6.

sich der Anspruch des Beklagten auf Abtretung der Hypothek nach Befriedigung des Gläubigers auf § 426 BGB. stützen lasse. Dies wird verneint, da zwischen H. und dem Beklagten kein Gesamtschuldverhältnis „begründet" worden sei. Zwar habe der Beklagte und H. der Klägerin die gleiche Leistung — nämlich die Bezahlung von 7000 Mk. — versprochen; Sinn dieser Abrede sei auch gewesen, daß die Klägerin diese Summe nur einmal fordern dürfe. Trotzdem sei ein Gesamtschuldverhältnis nicht gegeben, da „die Verpflichtung des H. einerseits und des Beklagten andererseits auf verschiedenen, rechtlich voneinander völlig unabhängigen Schuldgründen" beruhe: nämlich Kaufvertrag einerseits, abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 BGB. andererseits. Daher bestehe trotz des zwischen beiden Schuldverhältnissen hinsichtlich ihres Zwecks (nämlich dem Gläubiger das Geld zu verschaffen) und der Einheit des Leistungsgegenstands vorhandenen Zusammenhangs doch bezüglich des materiellen Schuldgrunds keine Gemeinschaft, wie sie für die Anwendung der §§ 421 und 426 BGB. erforderlich sei.

Die hier vorgetragene Ansicht des II. Zivilsenats des Reichsgerichts wird von einer späteren Entscheidung des I. Zivilsenats für „zweifelhaft" gehalten, vgl. RGE. 70/409 f. Es wird hier ausgeführt, daß die Zwecke, deretwegen beim Vertragsschluß des Dritten von der causa abstrahiert werde, mit den inneren Beziehungen der Schuldner untereinander nichts zu tun haben. Das Gemeinschaftsverhältnis, das den gesetzgeberischen Grund für die Ausgleichsvorschrift des § 426 bilde, „dürfte" deshalb auch dann bestehen, wenn der eine der Schuldner sich durch abstrakten Vertrag verpflichtet habe. Noch einen Schritt weiter geht die RGE. Bd. 77/323; hier tritt der I. Zivilsenat ganz allgemein für die Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses in dem strittigen Fall ein.

In der Literatur wird, übereinstimmend mit dieser späteren Stellungnahme des Reichsgerichts, das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses für den oben vorgetragenen Fall insbesondere von Enneccerus[1]) und Planck[2]) angenommen. Eine Mittelstellung nehmen

---

[1]) Bd. I, 2. Abt. § 313 Anm. 10 S. 264 f. und § 417 Anm. 2 S. 560: In dem in RGE. 67/131 behandelten Fall sei eine echte Gesamtschuld anzunehmen, da dieser Begriff nicht eine Gleichheit des materiellen Schuldgrunds, sondern nur eine Gemeinsamkeit des Zwecks erfordere; dieser gemeinsame Zweck sei aber bei Gesamtschulden die Sicherung und Befriedigung des Gläubigers. Die Frage des Regresses regle sich dann „in durchaus zufriedenstellender Weise" nach § 426 BGB.

[2]) Bd. II, 2. Hälfte § 780 Anm. 3 b und Bd. II, 1. Hälfte § 421, 1 b: Das entscheidende Merkmal einer echten Gesamtschuld liege in der Einheit des Leistungszwecks bzw. in der Zweckgemeinschaft. Einheit des Zwecks sei z. B.

Staub/Könige und RGRKomm. ein. Staub/Könige[3]) will offenbar in diesen Fällen entsprechend der RGE. 67/128 ff. das Vorliegen eines Gesamtschuldverhältnisses verneinen; er nimmt aber an, daß der Ausgleichsanspruch des § 426 BGB. gegeben sei. Ebenso RGRKomm.[4]): es wird im Anschluß an die oben zit. RGE. unterschieden zwischen dem Verhältnis des sich abstrakt Verpflichtenden dem Gläubiger gegenüber und den inneren Beziehungen der mehreren Schuldner untereinander. Dem Gläubiger gegenüber könne in dem Fall, daß sich der eine Schuldner kausal, der andere abstrakt verpflichte, ein Gesamtschuldverhältnis nicht bestehen, da der Schuldgrund ihrer Leistung insoweit ein verschiedener sei. Dagegen sei in den inneren Beziehungen der mehreren Schuldner zueinander ein Gemeinschaftsverhältnis im Sinn des § 426, das den Ausgleichsanspruch erzeuge, denkbar.

Dem RGRKomm. ist nun insoweit, als ein Gesamtschuldverhältnis geleugnet wird, nicht zuzustimmen. Der besondere Hinweis auf die inneren Beziehungen der mehreren Schuldner untereinander ist dagegen berechtigt. Mit Rücksicht auf das bei der Interzession besonders gelagerte Innenverhältnis fragt es sich nämlich, ob das Regreßverhältnis auf § 426 oder aber auf § 774 BGB. zu stützen ist. Um diese Frage entscheiden zu können, ist es zunächst notwendig, zu untersuchen, in welchem Verhältnis Bürgschaft und Gesamtschuldverhältnis überhaupt zueinander stehen.

Das Gebiet der Gesamtschuldverhältnisse ist nicht einheitlich. Gesamtschulden können entstehen durch gemeinsam abgeschlossenen Vertrag — § 427 BGB. —, durch gemeinsam begangenes Delikt — § 840 Abs. 1 BGB. — und durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung[5]). Im Hinblick auf diese verschiedenartigen Möglichkeiten der Entstehung ist eine gemeinsame Regelung des Regreßverhältnisses unter den Gesamtschuldnern außerordentlich schwierig[6]). Dem trägt das Gesetz

---

dann gegeben, wenn zugunsten des Verkäufers als Gegenwert für die Kaufsache neben der kausalen Schuld des Käufers von einem Dritten „erfüllungshalber" eine abstrakte Schuld eingegangen werde.

[3]) Komm. zum HGB. Bd. III § 350 Anm. 10 a.

[4]) Bd. II, Vorbem. 2 vor § 780.

[5]) z. B. § 2058 BGB.: Miterben haften den Nachlaßgläubigern gegenüber für die Nachlaßverbindlichkeiten als Gesamtschuldner; §§ 419, 2382, 2385 BGB.: Veräußerer und Erwerber eines Vermögens haften als Gesamtschuldner; hierher gehören insbes. auch Fälle im Familienrecht: §§ 1388, 1459 Abs. 2, 1530 Abs. 2: Der Ehemann haftet den Gläubigern neben der Frau als Gesamtschuldner.

[6]) Meist ist eine besondere Regelung für die Haftung der Gesamtschuldner im Innenverhältnis aufgestellt, vgl. für die Fälle im Familienrecht:

durch die neutral gehaltene Vorschrift des § 426 Rechnung: „Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.“ Dementsprechend ist auch die Vorschrift des § 426 Abs. 2 gehalten: Subrogation tritt nur ein, soweit der den Gläubiger befriedigende Gesamtschuldner von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann.

Als besonderer Fall der Gesamtschuldverhältnisse ist nun im Gesetz die Bürgschaft geregelt[7]). Auch hier liegt der Fall vor, daß mehrere eine Leistung in der Weise schulden, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet ist, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist, § 421 BGB. Der Gläubiger kann nun aber im Hinblick auf das als normal vorausgesetzte Verhältnis zwischen Bürgen und Dritten die Leistung nicht nach seinem Belieben vom Hauptschuldner oder Bürgen verlangen, vielmehr hat er eine gewisse Reihenfolge einzuhalten: der Bürge haftet nur subsidiär. Diese subsidiäre Haftung fällt aber dann weg, wenn sich der Bürge als Selbstschuldner verpflichtet, § 773 BGB. Im einzelnen ist die Stellung des Bürgen dem Gläubiger gegenüber weiterhin dadurch bevorzugt, daß der Bürge gewisse Einreden des Hauptschuldners vorschützen kann, vgl. §§ 768 und 770 BGB. Bei der Bürgschaft ist demnach das äußere Verhältnis der an sich bestehenden Gesamtschuld einseitig zugunsten des Bürgen geregelt. Mit Rücksicht auf das Innenverhältnis ist auch im äußeren Verhältnis die „Helferstellung“ des Bürgen betont. Insofern unterscheidet sich die Bürgschaft von dem „weiteren“ Begriff der Gesamtschuld; die Bürgschaft bildet demnach einen besonders gelagerten und deshalb auch besonders geregelten Fall der Gesamtschuld. Bei den andern Fällen der intercessio cumulativa fehlt nun das der Bürgschaft entsprechende äußere Verhältnis. Die Haftung dem Gläubiger gegenüber ist in der Regel strenger als

---

§§ 1415 ff., 1463 ff., 1535 ff. BGB.; für den Fall des § 840 Abs. 1 die Regelung der Haftung unter den Gesamtschuldnern in § 840 Abs. 2 u. 3 BGB.

[7]) Gegen die Auffassung der Bürgschaft als Gesamtschuld insbesondere Reichel, Schuldmitübernahme S. 40; Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt S. 244 ff.; v. Gierke a. a. O. Bd. III S. 247; Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 411 S. 543; RGRKomm. Bd. II § 765 Anm. 5; Planck Bd. II, 1. Hälfte § 421 Anm. 1 a. Die „Ähnlichkeit“ beider Verhältnisse betont Oertmann, vgl. Komm. zum BGB. Vorbem. vor § 420 Anm. 5 a und § 426 Anm. 2 und 2 b. Für eine Gesamtschuld, wie oben, tritt Dernburg ein, Schuldverhältnisse 1. Abt. S. 369: „Im weiteren Sinn ist zu der Gesamtschuld auch die Bürgschaft zu zählen, bei der man sich dem Gläubiger gegenüber als bloßer Nebenschuldner — Bürge — für die Erfüllung einer Hauptschuld verbindet.“ Ebenso RG. JurW. 1907 S. 47 und RG. Recht 1913 Nr. 1270: „... Als ein Gesamtschuldverhältnis bürgerlichen Rechts stellt sich ... die Übernahme einer Bürgschaft dar.“

bei der Bürgschaft. Interzedent und Dritter sind als Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber, von besondern Abmachungen abgesehen, in gleicher Weise verpflichtet. Im internen Verhältnis ist nun aber der Interzedent wie der Bürge zu behandeln. Er ist für eine materiell fremde Schuld eingetreten und ist somit berechtigt, vollen Rückgriff auf den andern Gesamtschuldner zu nehmen. Das interne Verhältnis ist wie bei der Bürgschaft besonders gelagert; es paßt demnach auch die — im Gesetz übrigens selbst als subsidiär hervorgehobene — Regelung des Regreßverhältnisses in § 426 nicht. Der Interessenlage im internen Verhältnis entspricht vielmehr auch in den andern Fällen der intercessio cumulativa die bei der Bürgschaft besonders getroffene Regelung des § 774 BGB. Eine analoge Anwendung ist demnach für den Fall der Interzession durch abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 BGB. gerechtfertigt.

II. Die wechselmäßige Interzession.

Die Interzession durch Übernahme eines Wechselversprechens neben der Schuld eines Dritten kann sich, wie oben — § 13 — hervorgehoben wurde, im äußeren Verhältnis außerordentlich vielseitig gestalten. Der Interzedent kann sich als Aussteller, Akzeptant, Indossant oder ausdrücklich als Wechselbürge für die Schuld eines Dritten zur Sicherung des Gläubigers verpflichten. Es tauchen auch hier die gleichen Probleme auf wie bei der Interzession durch abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 BGB.:

1. Liegt zwischen Interzedenten und Dritten ein Gesamtschuldverhältnis im Sinn des § 421 BGB. vor?
2. Ist auf die Regreßbeziehungen der Gesamtschuldner untereinander die Bestimmung des § 774 BGB. analog anwendbar?

Die erste Frage ist in der Rechtsprechung und in der Literatur bestritten. Das Bestehen einer Gesamtschuld wird für diese Fälle nicht in gleicher Weise wie bei der Verpflichtung des Interzedenten durch abstraktes Schuldversprechen im Sinn des § 780 BGB. anerkannt. So verneint z. B. Staub/Könige[8]) die Anwendbarkeit der §§ 426, 421 BGB. für die hierher gehörigen Fälle des sog. „Garantiewechsels", während er an anderer Stelle[9]) ausführt, daß an dem Ausgleichsanspruch nach § 426 dann nichts geändert werde, wenn ein Schuldner sich abstrakt, ein anderer sich kausal verpflichte.

Was die zweite Frage betrifft, so wird die analoge Anwendbarkeit des § 774 überwiegend abgelehnt. § 774 wird bei der Wechselinterzession

[8]) Komm. zum HGB. Bd. III Vorbem. vor § 373 Anm. 64 f.
[9]) a. a. O. § 350 Anm. 10 a.

nur dann für anwendbar erklärt, wenn der Interzession ein zivilrechtlicher Bürgschaftsvertrag zugrunde liegt.

Im einzelnen wird das Rückgriffsproblem bei den hierher gehörigen Fällen insbesondere in folgenden Entscheidungen des Reichsgerichts behandelt: LZ. 1916 S. 1378[11]; RGE. 94/85 ff. und RGE. 96/137 ff.

1. In RG. LZ. 1916 S. 1378[11] lag folgender Tatbestand vor: dem Preußischen Fiskus stand gegen eine Kreditanstalt (Hauptschuldnerin) eine Forderung zu; zugunsten des Fiskus stellte nun die Hauptschuldnerin einen Wechsel aus, den die Klägerin (Interzedentin) am 3. April 1911 zur Sicherheit für die Forderung des Fiskus akzeptierte. In der Folge löste die Klägerin den Wechsel ein, da die Kreditanstalt in Konkurs fiel. Sie beanspruchte daraufhin das Vorrecht des § 61 Nr. 2 KonkO., auf dessen Anerkennung sie Klage gegen die Konkursmasse erhob.

Das Reichsgericht nahm in diesem Fall an, daß das Vorrecht des Fiskus in § 61 Nr. 2 KonkO. auf die Klägerin gemäß §§ 774, 412, 401 Abs. 2 BGB. übergegangen sei. Neben dem Wechselakzept, das die Klägerin zur Sicherung des Gläubigers gegeben habe, sei nämlich das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien in einer Verpflichtungserklärung vom 5. April 1911, also nach Hingabe des Wechselakzepts, dahin klargestellt worden, daß schon die Akzeptierung und Übergabe des Wechsels vom 3. April 1911 zum Zweck des Abschlusses eines Bürgschaftsvertrags vom Fiskus verlangt und von der Klägerin bewilligt worden sei. Aus dem Wechselakzept in Verbindung mit der kurz darauf erfolgten Verpflichtungserklärung ergebe sich eine Bürgschaftsübernahme im Sinne des § 765 dem Fiskus gegenüber.

2. In den beiden andern Entscheidungen befriedigt der Interzedent ebenfalls den Gläubiger, der Hauptschuldner fällt ebenfalls in Konkurs; ein Übergang der Gläubigerforderung mit den dafür bestehenden Nebenrechten auf den Interzedenten wird aber verneint. In beiden Fällen liegen die Tatbestände ähnlich, ebenso stimmt die Begründung im wesentlichen überein. Es soll daher nur der in RGE. 96/137 ff. vom VI. Zivilsenat behandelte Fall zu eingehender Besprechung gelangen.

In RGE. 96/137 ff.[10]) handelte es sich um folgenden Tatbestand: P. (Hauptschuldner) hatte von W. (Gläubiger) einen Bankkredit von 60 000 Mk. erhalten. Zur Sicherheit hatte P. dem Gläubiger drei Grundschuldforderungen unter Übergabe der Grundschuldbriefe an W. ver-

[10]) abgedruckt auch in JurW. 1919 S. 718 Nr. 5.

pfändet. Er hatte außerdem „zahlungshalber" für die Darlehensschuld einen von ihm akzeptierten Wechsel dem W. gegeben, den er „als Vorstand der beklagten Gesellschaft" mit der Unterschrift der Beklagten als Ausstellerin und Trassantin versah. Später beschloß die Beklagte, die unberechtigte Handlungsweise ihres Vorstands P. zu decken, d. h. den Wechsel zu „übernehmen". Die Beklagte trat demnach als Ausstellerin und Trassantin für die dem Wechsel zugrunde liegende Darlehensschuld des P. ein. Die Wechselschuld und damit die Darlehensschuld des P. wurde von der bekl. Gesellschaft später getilgt. P. fiel in Konkurs und die Beklagte erhob jetzt den Anspruch, daß nach Tilgung der Wechselschuld des P. die mit den Grundschulden bestellten Sicherheiten auf sie überzugehen hätten. Der Konkursverwalter des P.schen Konkurses erhob Klage auf Feststellung, daß der Beklagten dieses Recht nicht zustehe.

Das OLG. erkannte auf Klagabweisung; eine analoge Anwendung des § 774 BGB. wurde zwar abgelehnt. Das Regreßverhältnis wurde jedoch auf § 426 gestützt, u. a. unter Bezugnahme auf die oben S. 59 zit. Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 70 S. 409. Das Reichsgericht verwies auf die Revision des Klägers die Sache an das OLG. zurück. Aus der Begründung sind folgende Gesichtspunkte hervorzuheben:

a) Eine Bürgschaft für die Schuld des P. sei durch die Wechselunterzeichnung der bekl. Gesellschaft nicht zustande gekommen.

b) Eine analoge Anwendung des § 774 auf andere Interzessionsfälle wird abgelehnt[11]). Zwar wird vom Reichsgericht anerkannt, daß die Interessenlage die gleiche sei wie bei der Bürgschaft: die Wechselunterschrift der Beklagten stelle „der Sache nach ein Eintreten für fremde Schuld in der Form der Wechselverpflichtung" dar. Die Wechselunterzeichnung sei „zum wirtschaftlichen Zweck der Bürgschaft" erfolgt — vgl. a. a. O. S. 139. Eine entsprechende Anwendung der Bestimmung des § 774 auf andere Arten des Einstehens für fremde Schuld als die in §§ 774, 1225 und 268 behandelten finde jedoch nicht statt. Für diesen Standpunkt ist offenbar maßgebend der Grundsatz „singularia non sunt extendenda".

---

[11]) Diesem Standpunkt hat sich die Mehrzahl in der Literatur, meist ohne jede Begründung, angeschlossen; vgl. RGRKomm. Bd. II § 774 Anm. 1; Planck Bd. II, 2. Hälfte § 774 Anm. 12, Vorbem. vor § 765 Anm. IV, 8; Staub/Könige Bd. III § 349 Anm. 3 und Anm. 10, Vorbem. vor § 373 Anm. 64 f.; Staub/Stranz, Komm. zur WO. Art. 82 Anm. 9b; Sörgel Bd. I § 774 Anm. 6; Enneccerus Bd. I 2. Abt. § 411 Anm. 8 S. 544.

c) In dritter Linie wird erwogen, ob ein Gesamtschuldverhältnis im Sinn des § 421 BGB. bestehe. Auch dies wird verneint. Es sei weder eine ausdrückliche noch eine stillschweigende Mitübernahme der Darlehensschuld seitens der Interzedentin erfolgt. Die Beklagte habe lediglich die Wechselverpflichtung übernommen[12]). Der VI. Zivilsenat schließt sich demnach wieder der in Bd. 70 S. 409 f. und Bd. 77 S. 323 vom I. Zivilsenat aufgegebenen Ansicht an, daß ein echtes Gesamtschuldverhältnis nur dann begründet sei, wenn bei beiden Schuldverpflichtungen der gleiche Entstehungsgrund (im vorl. Fall die Haftung aus Darlehensschuld) zugrunde liege.

Was den ersten Gesichtspunkt — unter a — betrifft, so ist dem Reichsgericht darin zuzustimmen, daß ein Bürgschaftsvertrag im Sinn der §§ 765 ff. BGB. nicht zustande kam, es sich daher auch nicht um eine direkte Anwendung des § 774 BGB. handeln kann. Nun steht es aber den Parteien nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit frei, in welcher äußeren Form sie für die Schuld eines Dritten eintreten wollen. Dies kann daher auch „in der Form der Wechselverpflichtung" geschehen. Ganz unabhängig von dieser äußeren Form sind aber die Beziehungen des Interzedenten zu dem Dritten. Im internen Verhältnis stimmen nun, wie schon mehrfach hervorgehoben, die Interzessionsfälle überein. Der Interzedent ist so gut wie bei der Bürgschaft auch in den andern Fällen zum Rückgriff gegen den Hauptschuldner berechtigt. Es erscheint daher auch angebracht, diesen Rückgriff in gleicher Weise wie bei der Bürgschaft zu erleichtern, wenn nicht entgegenstehende Interessen vorhanden sind. Im vorl. Fall sind die Interessen des Wechselgläubigers durch die Zahlung seitens des Wechselschuldners, nämlich des Interzedenten, befriedigt. Die Lage des Hauptschuldners bzw. der Konkursmasse wäre durch den Eintritt des Interzedenten in die Rechte des Gläubigers nicht verschlechtert worden. Hätte die Beklagte nicht „für" P. die Wechselschuld bezahlt, an der sie materiell gar nicht interessiert war, so hätte es dem Gläubiger weiterhin freigestanden, seine Rechte auf die vom Hauptschuldner bestellten Sicherheiten gegen die Konkursmasse geltend zu machen. Mit Rücksicht darauf, daß, wie das Reichsgericht übrigens selbst anerkennt, die Interessenlage die gleiche ist wie bei der Bürgschaft, ist nicht einzusehen, weshalb eine gleichmäßige Behandlung der Fälle ab-

---

[12]) S. 139 ff. a. a. O.; ähnlich auch RG. Recht 1913 Nr. 1270: Der Übergang von Nebenrechten auf einen zahlenden Gesamtschuldner bedarf bei Wechselverpflichtungen einer Begründung aus dem materiellen Rechtsverhältnis (kumulative Schuldübernahme oder Bürgschaft).

gelehnt wird. Jedenfalls kann gegen eine analoge Anwendung des § 774 die Formel „singularia non sunt extendenda" nicht angeführt werden[13]). Die Interzession ist, wie aus den Motiven zum BGB. hervorgeht, im BGB. überhaupt nicht geregelt, da man die Aufstellung gemeinsamer Vorschriften für unnötig hielt. Die Notwendigkeit besonderer Vorschriften für die besonders gelagerten Interzessionsfälle hat sich nun aber, wie die Beispiele zeigen, in der Praxis herausgestellt. Es ist daher eine „Lücke" im Gesetz anzunehmen[14]). Zur Ergänzung dieser Lücke ist es berechtigt, in erster Linie Bürgschaftsvorschriften beizuziehen, soweit die Interessenlage die gleiche ist[15]) wie bei der Bürgschaft. Eine Erleichterung des Rückgriffs des Interzedenten ist somit im vorliegenden Fall analog der Bestimmung in § 774 BGB. angebracht.

Als dritten Gesichtspunkt macht das Reichsgericht geltend, daß in dem strittigen Fall ein Gesamtschuldverhältnis nicht entstanden sei. Auch hier kann dem Reichsgericht nicht zugestimmt werden, da die allgemeinen Voraussetzungen, die das Gesetz in § 421 für den Begriff des Gesamtschuldverhältnisses aufstellt, gegeben sind. Gegen die Begründung des Reichsgerichts in dieser Richtung haben sich insbesondere auch Schmidt[16]) und Enneccerus[17]) erklärt, ohne jedoch in den Einzelausführungen übereinzustimmen. Mit der Annahme eines Gesamtschuldverhältnisses für den vorl. Fall ist es nun aber durchaus vereinbar, daß sich die Beziehungen der Gesamtschuldner untereinander

---

[13]) Vgl. über die Wertlosigkeit der Formel: „Ausnahmevorschriften sind restriktiv auszulegen und nicht analog auszudehnen" insbesondere v. Heck, ACivPr. Bd. 112 S. 186 ff.

[14]) Vgl. auch Schneider, BayZ. 1909 S. 2.

[15]) Vgl. v. Heck a. a. O. S. 194/95: „Jede Rechtsfindung durch Analogie muß eine Lückenergänzung nach gesetzlichen Werturteilen sein." Die Analogie als Lückenergänzung ist bei „Gleichheit der Interessenlage" gerechtfertigt.

[16]) Schmidt in JhJ. Bd. 72 S. 1 ff. wendet sich insbes. gegen die Unterscheidung zwischen echten und unechten Gesamtschuldverhältnissen in Literatur und Rechtsprechung, vgl. S. 3 ff., insbesondere S. 9 a. a. O. Er tritt, wie oben, für das Vorliegen einer Gesamtschuld ganz allgemein dann ein, wenn die Voraussetzungen des § 421 BGB. gegeben sind, vgl. S. 102/103 a. a. O. Auf die rechtliche Behandlung des in RGE. 96/137 ff. entschiedenen Fall im einzelnen geht Schmidt nicht ein; er betont aber ebenfalls die hilfsweise Regelung des § 426, vgl. S. 77 ff. a. a. O.

[17]) Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 313 Anm. 10 S. 264 f. und § 417 Anm. 2 S. 560 geht nicht so weit wie Schmidt; er billigt zwar ebenfalls die in RGE. 96/137 ff. getroffene Entscheidung nicht. Ein Gesamtschuldverhältnis liegt aber nach Enneccerus im strittigen Fall deshalb vor, da eine gemeinsamer Zweck, nämlich Sicherung und Befriedigung des Gläubigers, vorhanden sei. Bei Fehlen dieser Zweckgemeinschaft nimmt demnach Enneccerus im Unterschied zu der von Schmidt und hier vertretenen Ansicht eine unechte Gesamtschuld an.

mit Rücksicht auf den Interzessionscharakter des Geschäfts nach § 774 richten. Es genügt, hierfür auf die Begründung oben S. 60 ff. zu verweisen.

§ 22.

Die Fälle des „sog. Garantievertrags".

Als bestrittene Fälle des Garantievertrags wurden oben in §§ 9 und 10 folgende Tatbestände hervorgehoben: das Einstehen

1. für die Schuld eines Minderjährigen;
2. für die Güte einer Forderung;
3. für die Güte einer Hypothek.

Für alle drei Fälle wurde nachzuweisen versucht, daß sie der Bürgschaft zuzuzählen sind. Nach der hier vertretenen Ansicht richtet sich demnach der Rückgriff des Interzedenten nach § 774 BGB., eine analoge Anwendung der Bestimmung kommt somit nicht in Frage. Für den ersten Fall ist nun aber eine Einschränkung zu machen. Ein Rückgriff nach § 774 ist nämlich hier nur dann möglich, wenn das mit dem Gläubiger von dem Minderjährigen eingegangene Geschäft in der Zwischenzeit genehmigt wurde. Ist eine Genehmigung nicht erfolgt, so kann der befriedigende Bürge die auf ihn übergegangene Gläubigerforderung nicht geltend machen, da der Minderjährige bzw. dessen gesetzlicher Vertreter den Einwand der Unwirksamkeit der Hauptschuld gegen den Rückgriffsanspruch wirksam geltend machen kann. Der Fall unter Ziff. 1 scheidet demnach für die Betrachtung aus.

Es fragt sich nun, wie sich der Rückgriff in den beiden übrigen Fällen gestaltet, wenn die Ansicht der h. M. in der Literatur und Rechtsprechung zugrunde gelegt wird und demnach beide Fälle als Garantieverträge angesehen werden.

I. Was zunächst den Fall des Einstehens für die Güte einer Hypothek anbelangt, so ist das Problem des Rückgriffs in dem der RGE. 93/243 ff. zugrunde liegenden Fall eingehend erörtert. Der Tatbestand war hier folgender:

We. hatte von G. ein Darlehen von 9000 Mk. erhalten und bestellte dem G. zur Sicherheit für die Darlehensschuld eine Hypothek an seinem Grundstück. Später verkaufte We. das Grundstück an R., wobei dieser die im Grundbuch eingetragene Darlehenshypothek des G. „in Anrechnung auf den Kaufpreis" übernahm. R. wurde in der Folge als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Ob der Gläubiger G. die zwischen We. und R. vereinbarte Schuldübernahme genehmigt hat, ist unter den Parteien bestritten. Der Gläubiger G. trat nun die Darlehenshypothek an einen gewissen B. ab. B. verlangte weitergehende Sicher-

heiten und erhielt sie dadurch, daß ein Dr. Wei. ihm gegenüber die „Bürgschaft für R.", den jetzigen Grundstückseigentümer, übernahm. Später bezahlte Dr. Wei. die Forderung an B., der ihm dafür die Hypothek abtrat. Von Dr. Wei. gelangte die Hypothek über einen Agenten Z. schließlich an den Beklagten (Ehemann). Dieser fiel bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks mit seiner Hypothek in Höhe von 8931 Mk. aus. Er erhob in einem von We. (dem ursprünglichen Darlehensschuldner) gegen ihn angestrengten Prozeß Widerklage auf Zahlung von 8931 Mk., mit der Begründung, daß We. noch der persönliche Schuldner der Darlehensforderung sei.

Voranzustellen ist zunächst, wie sich die Rechtslage gestaltete nach der Veräußerung des Grundstücks von We. an R., aber vor Abtretung der Darlehenshypothek auf der Gläubigerseite, von G. auf B. Da unter den Parteien bestritten ist, ob die zwischen We. und R. vereinbarte Schuldübernahme von dem Gläubiger G. genehmigt wurde, ist mit dem Reichsgericht — a. a. O. S. 235 — zugrunde zu legen, daß eine privative Schuldübernahme im Sinne der §§ 414 ff. BGB. nicht zustande kam, We. demnach dem Gläubiger G. gegenüber weiterhin als persönlicher Schuldner haftbar blieb, während R. als Eigentümer des mit der Darlehenshypothek belasteten Grundstücks dem Gläubiger gegenüber haftete. Der Gläubiger G. hatte demnach von da an zwei Schuldner der Darlehensforderung: der eine, We., haftete für die Forderung unbeschränkt, der andere, R., beschränkt, nämlich mit dem Grundstück. Im Innenverhältnis haftete R. dem We. für rechtzeitige Erfüllung der Darlehensschuld.

Die Hauptuntersuchung des Reichsgerichts erstreckte sich nun im vorl. Fall auf folgende Fragen:

1. Wie ist das von den Parteien als „Bürgschaft" bezeichnete Eintreten des Dr. Wei. für R., das dem zweiten Gläubiger, nämlich dem B., gegenüber erfolgte, aufzufassen?
2. Wie gestaltete sich der Rückgriff des Dr. Wei., nachdem er den Gläubiger B. befriedigt hatte?

Die Lösung beider Fragen ist vorzugsweise negativ: Bürgschaft und der Rückgriff nach Bürgschaftsrecht wird abgelehnt.

Was zunächst die erste Frage betrifft, so wurde vom Reichsgericht im Gegensatz zum Landgericht und der Annahme der Parteien selbst der „Bürgschafts"-Charakter der Vereinbarung verneint. Das „dingliche Recht" des Hypothekengläubigers B. könne nicht zum Gegenstand einer Bürgschaft gemacht werden, da die Bürgschaft eine schuldrechtliche Verbindlichkeit eines Dritten voraussetzte. Ein solcher Anspruch liege aber gegen den Grundstückseigentümer R. nicht

vor. Da Dr. Wei. die Bürgschaft nicht für den persönlichen Schuldner We., sondern allein für den Grundstückseigentümer R. übernommen habe, so sei mangels Bestehens einer Hauptverbindlichkeit eine Bürgschaft überhaupt nicht zustande gekommen[1]).

Da Bürgschaft für das äußere Verhältnis abgelehnt wird, wird auch der Rückgriff des Dr. Wei. dem Hauptschuldner R. gegenüber nach Bürgschaftsgrundsätzen verneint. Einer der Ausnahmefälle[2]) (gemeint sind die Bestimmungen in §§ 774, 1164, 268 und 1150 sowie § 426 Abs. 2 BGB.), in denen die Forderung und damit nach den §§ 412, 401 Abs. 1 zugleich die Hypothek auf den zahlenden Dritten übergehe, liege nicht vor.

Die Lösung der Frage des Rückgriffs wird schließlich vom Reichsgericht — a. a. O. S. 237 — für den Fall, daß zwischen B. und Dr. Wei. ein Garantievertrag abgeschlossen wurde, gestreift. Zwar will es das Reichsgericht „unerörtert" lassen, ob in dem „Bürgschaftsvertrag" des Dr. Wei. „die Übernahme einer Gewähr" dafür gefunden werden könne, daß die Hypothekenforderung durch das belastete Grundstück genügend gesichert sei. Selbst bei Annahme eines Garantievertrags wäre aber nach Ansicht des Reichsgerichts die Rechtsfolge nicht die, daß die persönliche Forderung des B. gegen We. auf Dr. Wei. übergegangen wäre.

Positiv nimmt das Reichsgericht im vorl. Fall — S. 236 f. a. a. O. — an; die Befriedigung des Gläubigers B. durch Dr. Wei. hatte zur Folge, daß die Forderung des B. gegen den persönlichen Schuldner We. erlosch: § 267 BGB. Mit dem Erlöschen der persönlichen Forderung erwarb R. die Hypothek als Eigentümergrundschuld, § 1163 Abs. 1 Satz 2, § 1177 Abs. 1 BGB.

Diese Rechtslage trat nun allerdings in dem vom Reichsgericht behandelten Fall in Wirklichkeit nicht ein, sondern wurde nachträglich vom Reichsgericht „konstruiert". In Wirklichkeit hatte Dr. Wei. die ihm von B. bei der Zahlung abgetretene Hypothek weiterveräußert, da „den Beteiligten" die vom Reichsgericht angenommene „Rechtsfolge unbekannt" blieb.

Zu einem grundsätzlich anderen, aber, wie mir scheint, mehr der Absicht der Parteien selbst entsprechenden Ergebnis kommt man im vorl. Fall dann, wenn das von den Parteien selbst als „Bürgschaft" bezeichnete Abkommen zwischen dem Gläubiger B. und Dr. Wei. auch juristisch als Bürgschaftsvertrag aufgefaßt wird. Daß Bedenken für

---

[1]) Vgl. a. a. O. S. 236 und die Ausführungen oben S. 33 ff.

[2]) Es spielt also auch hier derselbe Gesichtspunkt herein, dessen Unhaltbarkeit für die wechselmäßige Interzession oben in § 21 nachgewiesen wurde.

die Annahme einer Bürgschaft in diesem Fall nicht bestehen, wurde oben in § 10 nachzuweisen versucht. Es war hiernach möglich, daß Dr. Wei. für den dinglichen Schuldner R. als Bürge eintrat. Der Rückgriff des Dr. Wei. auf den bzw. die Hauptschuldner gestaltete sich dann folgendermaßen: Für die Darlehensforderung des B. war diesem einerseits We. als persönlicher Schuldner, andererseits R. als dinglicher Schuldner haftbar. Beide Forderungen gingen bei Befriedigung des Gläubigers B. kraft Gesetzes auf den Dr. Wei. über, § 774 Abs. 1. Anhaltspunkte dafür, daß die persönliche Forderung des Dr. Wei. dem We. gegenüber später dadurch erlosch, daß er die intern zwischen We. und R. vereinbarte Schuldübernahme genehmigte, sind aus dem in der amtlichen Sammlung der RGE. mitgeteilten Tatbestand nicht zu entnehmen. Die Stellung des We. blieb also die gleiche, wie sie dem Gläubiger B. gegenüber war, eine Verschlechterung der Lage des We. trat demnach durch den Übergang der Gläubigerforderung auf Dr. Wei. nicht ein. Die Lage des dinglichen Schuldners R. wurde aber bei Übergang der Gläubigerforderung auf Dr. Wei. ebenfalls nicht verschlechtert, dagegen wurde sie bei Zugrundelegung der vom Reichsgericht angenommenen Rechtsfolge in ganz ungerechtfertigter Weise verbessert. Die Annahme, daß R. „auf Kosten des Dr. Wei." von der Hypothekenschuld befreit wurde und die Hypothek als Eigentümergrundschuld erwarb, ist nicht berechtigt, da R. ja aus eigenen Mitteln zur Tilgung der hypothekarisch gesicherten Darlehensschuld überhaupt nichts aufgewendet hat. Die Weiterveräußerung der Hypothek samt der ihr zugrunde liegenden persönlichen Forderung gegen We. durch Dr. Wei. war demnach bei Annahme einer Bürgschaft durchaus möglich.

Die Lösung des Rückgriffproblems gestaltet sich demnach viel einfacher und unbedenklicher, wenn im vorl. Fall Bürgschaft angenommen wird. Die vom Reichsgericht in Bd. 93 ausgesprochene Entscheidung zeigt dagegen deutlich, daß die Konstruktion des Garantievertrags in diesen Fällen nicht zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt, da das Anwendungsgebiet des Garantievertrags sich nicht auf solche Fälle erstreckt.

II. Bei der zweiten Gruppe der hier zu behandelnden Fälle, nämlich dem Einstehen für die Güte einer abgetretenen Forderung, wurde schon oben — § 9 — hervorgehoben, daß bei Entscheidung der praktischen Einzelfragen die Annahme einer Bürgschaft in der Regel zu befriedigenderen Ergebnissen führt als die Zugrundelegung eines Garantievertrags. Hier soll auf die Frage des Rückgriffs im Anschluß an einen neuerdings — 1924 — vom Reichsgericht entschiedenen Fall nochmals kurz eingegangen werden. In Betracht kommt die in Seuff.

A. Bd. 79 Nr. 21 S. 37 ff. abgedruckte Entscheidung. Der Tatbestand war dadurch verwickelt, daß auf seiten des Klägers wie des Beklagten nicht die ursprünglichen Vertragsparteien, die beide in der Zwischenzeit gestorben waren, standen, sondern die Erben der betr. Personen. Dieser Umstand ist für die Frage des Rückgriffs selbst unerheblich; er soll demnach bei Mitteilung des Tatbestands der größeren Deutlichkeit halber unberücksichtigt bleiben.

T. hatte beim Kauf eines Grundstücks zwei Hypotheken im Wert von 8300 Mk. und 6700 Mk. „in Anrechnung auf den Kaufpreis" übernommen. Die erste Hypothek und einen Teilbetrag der zweiten Hypothek von 1900 Mk. erwarb J. durch Abtretung von dem ursprünglichen Gläubiger des T. im Jahr 1901. J. trat die hypothekarisch gesicherten Forderungen weiter ab an S. und übernahm dabei „die Haftung für die Güte der abgetretenen Forderungen bis zur vollständigen Befriedigung des S.". 1903 kam das Grundstück des T. zur Zwangsversteigerung. J. erhielt den Zuschlag und S. wurde von J. auf Grund der Haftungsübernahme vom Jahr 1901 dadurch befriedigt, daß er dem S. im Jahr 1903 an dem durch Zuschlag an ihn übergegangenen Grundstück eine andere Hypothek in Höhe von 10 200 Mk. bestellte. Der weitere Tatbestand kommt für die Entscheidung des hier interessierenden Problems nicht in Betracht. Zur Entscheidung stand die Frage: Kann J. von T. Ersatz der Forderung von 10 200 Mk., für die er den S. „befriedigt" hat, verlangen?

Das Reichsgericht lehnte die Anwendung des § 774 BGB. ab, da in der Übernahme der Haftung für die Güte einer abgetretenen Forderung keine Verbürgung im Sinn des § 765 BGB., sondern ein Garantievertrag im Sinn des § 438 BGB. zu erblicken sei. „Ein kraft Gesetzes eintretender Rückübergang der Forderung von S. auf J. als Rechtsfolge der durch diesen bewirkten Befriedigung des S." sei daher nicht anzunehmen. Der Forderungsübergang auf den zahlenden Garanten könne sich aber aus dem „Sachverhalt als gewollt" ergeben. Aus dem „Sachverhalt gewollt" ist nun aber im vorl. Fall offenbar soviel wie stillschweigend, vgl. S. 38 a. a. O.: „... ein Forderungsübergang auf den Befriedigung leistenden Garanten (Zedenten) braucht nicht notwendig in ausdrücklichen Worten zu geschehen; er kann sich auch als von den Beteiligten gewollt aus dem Vertragsverhältnis und aus der Interessenlage im allgemeinen ergeben".

Dem Ergebnis des Reichsgerichts ist in diesem Fall beizustimmen. Die Begründung indessen ist bedenklich und auch gar nicht erforderlich, um zu dem offenbar auch vom Reichsgericht gebilligten, der „Interessenlage" entsprechenden Ergebnis zu kommen. Nach der oben in § 9

vorgetragenen Ansicht lag in der Übernahme der „Garantie“ durch J. dem S. gegenüber ein über die gewöhnliche Verkäuferhaftung der §§ 438, 445 BGB. hinausgehendes Einstehen für die Erfüllung der Schuld des T. Es ist kein Grund ersichtlich, in solchen Fällen eine Bürgschaft zu verneinen. Die Forderung des S. gegen T. ging demgemäß bei der im Jahr 1903 erfolgten Befriedigung des S. durch J. auf diesen von Gesetzes wegen über. Die von J. selbst auf § 774 BGB. gestützte Klage wäre demnach für begründet zu erachten gewesen.

§ 23.

Grenzen der analogen Anwendbarkeit des § 774 Abs. 1 in den Fällen des privativen Eintretens für fremde Schuld und bei der Interzession durch Alleinverpflichtung.

Die seither behandelten Fälle des Eintretens für die Schuld eines Dritten stimmten äußerlich darin überein, daß der Gläubiger mehrere Schuldner für die Erfüllung einer ihm geschuldeten Leistung hatte: kumulative Interzession. Der Interzedent, der den Gläubiger in diesen Fällen befriedigt, befreit dadurch auch den Hauptschuldner. Zur Erleichterung und Sicherung des Regresses gegen den Hauptschuldner ist daher der Eintritt des Interzedenten in die Rechte des Gläubigers berechtigt. Ein solcher Übergang der Gläubigerforderung fällt in den jetzt noch zu behandelnden Fällen der Interzession deshalb weg, da Rechte des Gläubigers gegen den aus der Haftung entlassenen bzw. nie in ein Schuldverhältnis zum Gläubiger getretenen Hauptschuldner überhaupt nicht bestehen. Der Interzedent ist also, sobald er in diesen Fällen zu einer Befriedigung des Gläubigers gezwungen ist und für dieses Eintreten keine Deckung in Händen hat, in einer weniger günstigen Lage als derjenige, der neben die schon bestehende Schuld eines Dritten eintritt.

In der Praxis werden nun die Fälle der privativen Schuldübernahme; denen eine causa intercedendi zugrunde liegt, äußerst selten sein bzw. höchstens dann vorkommen, wenn der Interzedent von vornherein auf Regreßansprüche gegen den Schuldner verzichtet, mit der Interzession also eine Schenkung dem Schuldner gegenüber verbindet, vgl. oben § 14; denn wenn der Interzedent dem Dritten die Schuld nicht endgültig abnehmen will, wie dies doch für die Regelfälle der Interzession wie für die Bürgschaft zugrunde zu legen ist, bedeutet es eine unnötige Erschwerung eines späteren Rückgriffs, den Dritten zunächst zu befreien, später aber, d. h. nach Befriedigung des Gläubigers, trotzdem Regreßansprüche gegen ihn anzustrengen. Der Interzedent wird demnach in den Regelfällen auf eine privative Schuld-

übernahme gar nicht eingehen, sondern sich höchstens mit einer kumulativen Interzession einverstanden erklären.

Auch in den Fällen der Interzession durch Alleinverpflichtung ist der Interzedent in der Regel[1]) bezüglich des Rückgriffs gegen den eigentlichen Hauptschuldner auf die Regreßansprüche, die sich aus dem besonderen Rechtsverhältnis zu dem Hauptschuldner (Auftrag, negotiorum gestio) ergeben, angewiesen bzw. er kann, wenn solche besondere Rechtsbeziehungen nicht gegeben sind, den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung geltend machen. Ebenso Schulz[2]): „die Denkform der cessio legis zur Regreßvermittlung" sei in den Fällen der „anfänglichen privativen Interzession" schon deshalb unmöglich, da ein Recht des Gläubigers gegen den Eigenschuldner gar nicht vorhanden sei. Der Regreß könne sich demnach hier, wenn nicht andere Rechtsverhältnisse eine Grundlage schaffen, nur auf die ungerechtfertigte Bereicherung gründen. Schulz wirft nun in diesem Zusammenhang die Frage auf[3]), wie sich die Lage in folgendem Fall gestalte:

a) A. tritt zwar als Darlehensschuldner dem Gläubiger gegenüber auf, B. aber, der das Darlehen in Wirklichkeit erhalten hat, bestellt dem Gläubiger nachträglich für die Forderung gegen A. ein Pfand. Kann A., wenn er den Gläubiger befriedigt, Rückgriff auch auf das dem B. bestellte Pfand nehmen?

b) Das gleiche Problem[4]) tritt dann auf, wenn B. (der eigentliche Schuldner) das Pfand für das Darlehen nicht nachträglich bestellt, das Pfand vielmehr ursprünglich von A. bestellt war, später aber B. Eigentümer der Pfandsache wurde und die Schuld des A. „in Anrechnung auf den Kaufpreis" übernahm, ohne daß es zu einer privativen Schuldübernahme dem Gläubiger gegenüber kam. Wenn hier A. den Gläubiger befriedigt, fragt es sich ebenfalls, ob er seinen Rückgriff auf die Pfandsache erstrecken kann.

Zunächst ist vorauszuschicken, daß beide Fälle zu unterscheiden sind von dem oben in § 11 und § 20 behandelten Fall der Interzession durch Bestellung eines Pfandrechts für die Schuld eines Dritten. Die Verhältnisse liegen hier gerade umgekehrt: der Interzedent tritt näm-

[1]) Einen besonderen Schutz, der m. E. den gleichen legislativen Erwägungen entspringt wie § 774 BGB., gewährt das Handelsrecht dem Kommissionär; dieser hat nach § 397 HGB. an dem Kommissionsgut zur Deckung seiner Ansprüche gegen den Kommittenten ein Pfandrecht.

[2]) Rückgriff und Weitergriff S. 42/43.

[3]) Vgl. S. 44 a. a. O.

[4]) von Schulz a. a. O. S. 104 hervorgehoben.

lich äußerlich als Hauptschuldner dem Gläubiger gegenüber auf (Fall a), bzw. er muß sich vom Gläubiger als Hauptschuldner weiter behandeln lassen (Fall b), während der eigentliche Hauptschuldner äußerlich als Interzedent auftritt (Fall a), bzw. lediglich als Eigentümer der Pfandsache dem Gläubiger gegenüber haftet (Fall b).

Die §§ 1143 und 1225 BGB. sind auf diese Fälle nicht anwendbar: nicht der Eigentümer der Pfandsache befriedigt den Gläubiger, sondern A., der persönliche Darlehensschuldner. Diese Sachlage ist nun ausdrücklich im Gesetz nur für den Fall berücksichtigt, daß B., der eigentliche Hauptschuldner, eine Hypothek für die Darlehensschuld des A. bestellt hat bzw. später Eigentümer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks wurde und die Schuld des A. „in Anrechnung auf den Kaufpreis" übernahm. § 1164 BGB. bestimmt: „Befriedigt der persönliche Schuldner (A.) den Gläubiger, so geht die Hypothek insoweit auf ihn über, als er von dem Eigentümer (B.) ... Ersatz verlangen kann". Die Regelung in § 1164 entspricht also im Unterschied zu den §§ 1143 und 1225 BGB. der neutral gehaltenen Bestimmung des § 426 Abs. 2 BGB.: Soweit der befriedigende Gesamtschuldner Ersatz verlangen kann, geht die Forderung auf ihn über. Auch der § 1164 hat, wie § 774, den Zweck, die Ersatzansprüche des persönlichen Schuldners gegen den Eigentümer des Grundstücks zu sichern[5]). Die Vorschrift entspricht, wie RGE. 89/80 betont, dem „berechtigten Interesse" des Schuldners. Eine dem § 1164 entsprechende Vorschrift ist nun aber für das Fahrnispfand nicht aufgestellt. Es wird demnach in der Literatur[6]) überwiegend angenommen, daß die Forderung und damit das Pfandrecht auch dann erlischt, wenn der den Gläubiger befriedigende persönliche Schuldner A. Regreßansprüche gegen B. geltend machen kann: § 1252 BGB. Dies geht m. E. zu weit. Es besteht kein Grund dafür, den persönlichen Schuldner als Interzedenten bei dem Bestehen eines Fahrnispfands schlechter zu stellen als den persönlichen Schuldner bei einer Hypothek. Das Bedürfnis zur Sicherung des Ersatzanspruchs des persönlichen Schuldners A. ist auch hier in gleicher Weise wie im Fall des § 1164 BGB. vorhanden. Es empfiehlt sich demnach auch eine der Regelung des § 1164 entsprechende Behandlung des persönlichen Schuldners bei Bestehen eines Fahrnispfands.

---

[5]) Vgl. Wolff, Sachenrecht § 144 S. 502, § 150 S. 527.

[6]) Vgl. z. B. Staudinger Bd. III, 2. Teil § 1252 Bem. I; Planck Bd. 3, 2. Hälfte Anm. zu § 1252; Wolff, Sachenrecht § 159 Anm. 7 S. 557.

§ 24.

Die Zahlung einer materiell fremden Schuld.

Wie im römischen Recht, so erhebt sich auch für das heutige Recht die Frage, ob die Zahlung einer fremden Schuld zur Interzession gerechnet werden kann. Sie wird hier wie dort für die Fälle zu bejahen sein, in denen der andere den Gläubiger für die Schuld eines Dritten befriedigt, ohne für dieses Einspringen eine entsprechende Gegenleistung des Dritten in Händen zu haben. Im internen Verhältnis liegt dann auch hier Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag bzw. Schenkung zugrunde.

Die Fälle der Interzession durch Zahlung werden nun ungleich seltener sein als die bisher behandelten Interzessionsfälle[1]). Dies mag zum Teil daran liegen, daß der Interzedent eher darauf eingeht, eine Schuld für den Dritten auf sich zu nehmen, bei deren Übernahme er in den Regelfällen damit rechnet, daß sie der eigentliche Hauptschuldner rechtzeitig bezahlen werde. Die Gefahr, mit dem eigenen Vermögen für den Dritten einstehen zu müssen, ist bei der Bürgschaft, bei der Pfandbestellung für fremde Schuld und in den andern Fällen der Interzession in höherem oder geringerem Grad vorhanden, sie ist aber nicht unmittelbar. Daraus dürfte sich erklären, daß der Interzedent sich leichter entschließt, dem Auftrag des Dritten, der ihn um eine Schuldübernahme dem Gläubiger gegenüber angeht, zu entsprechen, als dem Ansuchen, sofort für den Dritten eigene Vermögenswerte zu opfern.

Wie gestaltet sich nun der Regreß des Drittzahlers gegen den eigentlichen Schuldner? Auch hier wäre an sich denkbar, daß der Dritte neben den Ansprüchen aus dem internen Rechtsverhältnis zur Erleichterung und Sicherung seines Rückgriffs die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner ipso jure erwirbt. In der Tat war der Eintritt des Drittzahlers in die Rechte des Gläubigers im ALR. vorgesehen und gilt heute noch im österreichischen BGB. § 46 Teil I. Titel 16 des ALR. bestimmte: „Überhaupt tritt in der Regel der Zahlende gegen den Schuldner auch ohne ausdrückliche Zession in die Rechte des bezahlten Gläubigers.“ Zur Geltendmachung der mit der Forderung des Gläubigers verbundenen Vor- und Nebenrechte be-

[1]) Vgl. hiezu auch Koban a. a. O. Vorwort S. VII: „Die freiwillige Zahlung einer fremden Schuld spielt im praktischen Leben keine besondere Rolle.“

durfte es aber „in der Regel" einer ausdrücklichen Zession[2]). Das österreichische BGB. bestimmt in § 1358 ganz allgemein: „Wer die Schuld eines andern bezahlt, tritt in die Rechte des Gläubigers und ist befugt, von dem Schuldner den Ersatz der bezahlten Schuld zu fordern. Zu diesem Ende ist der befriedigte Gläubiger verbunden, dem Zahler alle vorhandenen Rechtsbehelfe und Sicherheitsmittel auszuliefern."[3])

Demgegenüber hat das BGB. den Gedanken der Subrogation bei dem Regreß des freiwilligen Drittzahlers nicht bzw. nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen anerkannt. § 267 BGB. bestimmt, daß zwar der Dritte die Leistung für den Schuldner bewirken kann; von einem gesetzlichen Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Drittzahler ist aber keine Rede. Der Interzedent ist demnach hier kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift auf die Ansprüche aus dem internen Verhältnis zum Schuldner angewiesen[4]). Der freiwillige Drittzahler ist vom Gesetz nur dann begünstigt, d. h. eine Subrogation ist anerkannt in den Fällen der §§ 268, 1150 und 1249 BGB.

In dem allgemeinen Fall des § 268 ist derjenige, der ein dingliches Recht an dem Gegenstand hat, bzw. der Besitzer der Sache, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen, wenn dieser die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand betreibt. Soweit der Dritte (Interzedent) unter den genannten Umständen den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über: § 268 Abs. 3. Eine Sonderregelung trifft das Gesetz für die Fälle, in denen der „Gegenstand" ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück bzw. eine mit einem Pfandrecht belastete be-

---

[2]) Vgl. §§ 47 und 48 ALR.: „Insofern aber der bezahlten Forderung nach über Qualität gewisse Vorrechte beiwohnen, kann der Zahlende sich dieser Vorrechte gegen einen Dritten, ohne ausdrückliche Cession, in der Regel ... nicht bedienen. Ebenso erlangt der Zahlende auf eine für die Forderung durch Bürgen oder Pfand bestellte Sicherheit die Rechte des Gläubigers in der Regel nur durch ausdrückliche Cession desselben."

[3]) Bestritten ist zwar in der Literatur, ob diese Bestimmung sich nur auf den Bürgen bezieht oder auf alle freiwilligen Drittzahler, vgl. darüber Koban a. a. O. S. 113 ff. und die dort Zitierten. Für die weitere Auslegung, also die Anwendbarkeit der Bestimmung auf jeden freiwilligen Drittzahler, tritt Koban ein, vgl. a. a. O. S. 11 und S. 11 Anm. 2, insbes. S. 123 ff.

[4]) Dieser Standpunkt wird insbes. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und fast allgemein in der Literatur vertreten, vgl. RGE. 96/139; RGRKomm. Bd. I § 267 Anm. 1; Planck Bd. II, 1. Hälfte § 267 Anm. 3; Oertmann, Komm. zum BGB. § 267 Anm. 3, § 268 Anm. 5; Sörgel Bd. I § 267 Anm. 4; Koban a. a. O. S. 111 ff.; Enneccerus Bd. I, 2. Abt. § 246 S. 61 f.; Oertmann, ACivPr. Bd. 82 S. 380 ff.

wegliche Sache ist, §§ 1150, 1249. Der Kreis der zur Einlösung berechtigten Personen ist in § 1150 der gleiche wie in § 268, die Voraussetzungen des „Eintretens" sind aber erleichtert. Es genügt, daß der Gläubiger gerichtlich oder außergerichtlich (etwa durch Kündigung) Befriedigung aus dem Grundstück verlangt. In § 1249 schließlich sind zur Einlösung nur die dinglich Berechtigten (nicht auch der Besitzer, wie in §§ 268 und 1150) zur Einlösung befugt, das Recht zum Eintritt ist aber im Unterschied zu den beiden andern Bestimmungen allgemein gegeben, „sobald der Schuldner zur Leistung berechtigt ist".

In der Literatur ist nun vereinzelt, insbesondere von Reichel[5]) und Schulz[6]), die Ansicht vertreten, daß der freiwillige Drittzahler auch im Fall des § 267 nach dem Prinzip der Subrogation seinen Regreß gegen den Hauptschuldner zu nehmen berechtigt sei. Dabei soll nach Schulz der Übergang der Forderung des Gläubigers auf den Intervenienten unbedingt erfolgen, die mit der Forderung verbundenen Nebenrechte nach §§ 412, 401 aber nur soweit übergehen, als ein vom Hauptschuldner selbst bestelltes Pfandrecht in Frage komme. Der Drittzahler könne seinen Regreß auf Bürgen und im Eigentum Dritter stehende Pfänder nicht erstrecken. Reichel macht diese Einschränkung offenbar nicht; er scheint aber die ganze Frage des Subrogationsregresses überhaupt vorsichtig zu behandeln[7]).

Die Ansicht von Reichel und Schulz findet im Gesetz selbst keine Stütze. Eine analoge Anwendung des § 774 auf die Fälle der Interzession durch Zahlung der Schuld eines Dritten kommt m. E. insofern nicht in Betracht, als das Gesetz eine ausdrückliche Regelung in § 267 getroffen hat. Unbilligen[8]) Ergebnissen kann demnach m. E. nur vorgebeugt werden, wenn sich der Interzedent bei der Befriedigung des Gläubigers ausdrücklich die Forderung des Gläubigers abtreten läßt. In diesem Fall bleibt ihm der Rückgriff für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners auf die mit der Forderung verbundenen Nebenrechte vorbehalten, § 398 in Verb. mit § 401 BGB.

---

[5]) Vgl. Schuldmitübernahme S. 564 ff. und Recht 1906 S. 1237 f.
[6]) Rückgriff und Weitergriff S. 53 f. und S. 74.
[7]) Vgl. insbes. Recht 1906 S. 1237.
[8]) Vgl. z. B. RG. LZ. 1918 S. 909[8]: Ein Bürge hatte sich nur für einen Teil der Schuld verbürgt, aber die ganze Schuld bezahlt. Der Übergang der Hauptforderung mit den Nebenrechten wurde vom RG. nur insoweit anerkannt, als die Bürgschaftsschuld bestand. Die Wirkung des § 774 Abs. 1 trete hinsichtlich des über die Bürgschaftsschuld hinaus gezahlten Teils der Hauptschuld nicht ein; der Bürge werde insoweit wie ein Dritter nach § 267 behandelt.

4. Kapitel.

Das Verhältnis mehrerer Interzedenten untereinander.

Wenn mehrere Interzedenten für die Schuld eines Dritten zur Sicherung des Gläubigers einstehen, wäre es denkbar, daß die Schuld unter den mehreren Interzedenten schon dem Gläubiger gegenüber verteilt würde. Der Gläubiger hätte demnach, wenn der Hauptschuldner versagt, nur einen verhältnismäßigen Teil der Schuld zu fordern. Diese Regelung würde dem Interesse des Interzedenten entsprechen, nicht aber dem Interesse des Gläubigers an schneller und sicherer Durchführung des durch mehrfache Interzession geschützten Anspruchs. Im Interesse des Gläubigers liegt es, daß er seine Befriedigung von einem Schuldner und von diesem in vollem Umfang erhält. Für die Rechtsordnung sind beide Regelungen denkbar. Das späteröm. Recht kam dem Interesse der mehreren Interzedenten bei der Bürgschaft entgegen, indem es ihnen das beneficium divisionis einräumte. Das heutige Recht bevorzugt in der Mehrzahl der Fälle das Interesse des Gläubigers. Nach außen haften mehrere Interzedenten als Gesamtschuldner, vgl. insbes. §§ 769, 1132 und 1222 BGB. Damit, daß die Haftung dem Gläubiger gegenüber in dieser strengen Weise durchgeführt ist, ist das Interesse der mehreren Interzedenten an Verteilung der Haftungslast auf die Einzelnen nicht beseitigt. Vielmehr ist nun das Problem für die Rechtsordnung im Verhältnis der mehreren Interzedenten untereinander, d. h. im internen Verhältnis, zu lösen. Es erhebt sich demnach auch hier die Frage des Rückgriffs, insbesondere für den Fall, daß der Rückgriff auf den eigentlichen Hauptschuldner wegen dessen Zahlungsunfähigkeit ausscheidet. Das Problem ist aber anders als im 3. Kapitel gestaltet. Es kann sich hier nicht um völlige Abwälzung der Schuld, wie im Verhältnis von Interzedent und Hauptschuldner, sondern höchstens um Verteilung der Schuld auf die einzelnen Interzedenten handeln[1]). Eine Verteilung erscheint nun aber für die Regelfälle an-

[1]) Vgl. hiezu auch Schmidt in JhJ. Bd. 72 S. 100. Schmidt führt für das Verhältnis zwischen Bürgen und Pfandeigentümer im besonderen aus, daß es sich hier um zwei in gleicher Weise gegenüber dem Hauptschuldner regreßberechtigte Personen handle, der Hauptschuldner trage dagegen im Verhältnis zum Bürgen regelmäßig die Schuld allein. Hauptschuldner und Bürge stehen daher auf verschiedener Stufe, Pfandeigentümer und Bürge dagegen auf derselben Stufe. Der von Schmidt für den besonderen Fall gemachte Unterschied gilt für die Interzessionsfälle allgemein: die Interzedenten untereinander stehen auf gleicher Stufe.

gebracht. Bezüglich der Art und Weise der Verteilung der Schuld auf die mehreren Interzedenten entstehen aber im einzelnen Schwierigkeiten. Nahe liegt der Grundsatz der gleichmäßigen Verteilung der Haftungslast auf die mehreren Interzedenten. Wie läßt sich aber dieser Gesichtspunkt da durchführen, wo die einzelnen Interzedenten nur beschränkt, d. h. mit einer Sache haften? Wie gestaltet sich die Lage sodann, wenn der eine Interzedent beschränkt (mit einem Pfand), der andere unbeschränkt, z. B. als Bürge haftet?

Das Gesetz hat eine teilweise Regelung für die Fälle getroffen, in denen gleichartige Haftungen der mehreren Interzedenten zusammentreffen. Es ist geregelt die Konkurrenz mehrerer Bürgen, mehrerer Verpfänder einer beweglichen Sache und mehrerer Eigentümer von mit der Schuld eines Dritten belasteten Grundstücken, §§ 774 Abs. 2, 1225 Satz 2, 1143 Abs. 2 in Verb. mit § 1173 BGB. Über die Auslegung dieser gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere der §§ 1225 Satz 2 und 1173 herrscht nun aber in der Literatur keineswegs Einigkeit. Abgesehen hiervon umfassen diese Bestimmungen nicht alle Fälle des Zusammentreffens gleichartiger Haftungen. Es können auch mehrere Interzedenten, die sich abstrakt dem Gläubiger gegenüber verpflichtet haben, zusammentreffen. Hier entstehen insbesondere Schwierigkeiten bei der wechselmäßigen Interzession. Es erhebt sich nämlich die Frage, inwieweit hier die besondere Rechtslage berücksicht werden, unter welchen Umständen eine von dem allgemeinen Wechsel-Regreß verschiedene Regelung des Regresses unter den mehreren Interzedenten Platz greifen kann. Neben den Fällen der Interzession mehrerer Personen, die gleichartige Verpflichtungen dem Gläubiger gegenüber übernommen haben, stehen ferner Fälle, in denen die mehreren Interzedenten nicht die gleichen Verpflichtungen auf sich genommen haben. Hier ist besonders bestritten der Fall des Zusammentreffens von Bürgschaft und Pfandbestellung für fremde Schuld. Wie gestaltet sich hier der Rückgriff? Ist demjenigen, sei es nun Bürge, Drittverpfänder oder Dritteigentümer des belasteten Grundstücks, der zur Befriedigung vom Gläubiger beigezogen wird, der Rückgriff auf den andern Interzedenten versagt, tritt ein verhältnismäßiger Ausgleich ein oder ist einer der Interzedenten, z. B. der Bürge, bei seinem Regreß bevorzugt? Wir werden unten in § 28 sehen, daß sämtliche eben vorgetragenen Lösungen vertreten werden. Die weitere Darstellung wird sich zunächst mit den Fällen befassen, in denen gleichartige Verpflichtungen der mehreren Interzedenten zusammentreffen.

I. Bei Übernahme gleichartiger Verpflichtungen.

§ 25.

Mitbürgschaft.

Das Gesetz bestimmt in § 774 Abs. 2 BGB. bei dem Zusammentreffen mehrerer Bürgen für eine und dieselbe Schuld eines Dritten ausdrücklich: Mitbürgen haften einander nur nach § 426 BGB., d. h. im Zweifel nach Kopfteilen. Dementsprechend geht auch die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Mitbürgen auf den befriedigenden Bürgen nur in Höhe seines Ausgleichsanspruchs über. Diese Regelung greift selbstverständlich nur dann Platz, wenn über das Verhältnis der mehereren Interzedenten untereinander nichts bestimmt ist; den Parteien steht es frei, die Haftungslast durch besondere Vereinbarungen anders zu regeln. Im übrigen ist die Anwendbarkeit des § 426 auch dann gegeben, wenn die mehreren Bürgen nicht miteinander die Haftung für die fremde Schuld übernommen haben, sondern nacheinander; es ist ferner gleichgültig, ob der eine von der Bürgschaft des andern etwas gewußt hat oder nicht.

An sich wäre die anteilsmäßige Haftung der mehreren Bürgen im internen Verhältnis schon aus § 769 BGB. hervorgegangen. Wenn Mitbürgen als Gesamtschuldner haften, richtet sich der Ausgleich „im Zweifel" nach der bei den Gesamtschuldverhältnissen allgemein geltenden Regel des § 426. Der besondere Hinweis auf § 426 in § 774 Abs. 2 erscheint aber der größeren Deutlichkeit halber zweckmäßig. Hierdurch wird das in § 774 Abs. 1 ausgesprochene Prinzip der Subrogation in angemessener Weise eingeschränkt. Inwieweit der befriedigende Bürge in ein für dieselbe Forderung von einem Dritten bestelltes Pfandrecht eintritt, soll unten in § 28 erörtert werden.

§ 26.

Das Zusammentreffen mehrerer Interzedenten, die sich für eine materiell fremde Schuld abstrakt verpflichtet haben.

1. Ist die Interzession durch abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis im Sinn der §§ 780 f. BGB. erfolgt, so richtet sich der Ausgleich unter den mehreren Interzedenten „im Zweifel" ebenfalls nach § 426. Selbst für diejenigen, die zwischen echter und unechter Gesamtschuld unterscheiden[1]),

[1]) Wie z. B. das Reichsgericht und Enneccerus, vgl. oben S. 58 f.

liegt in diesem Fall ein echtes Gesamtschuldverhältnis vor. Der Entstehungsgrund ist der gleiche, bzw. der gemeinsame Zweck, die Sicherung des Gläubigers, trifft bei den mehreren Verpflichtungen in derselben Weise zu.

2. Verwickelter ist der Fall, wenn sich die mehreren Interzedenten durch wechselmäßiges Versprechen verpflichtet haben. Hier ist zu unterscheiden, ob die mehreren Personen die gleiche Wechselverpflichtung unterzeichnet haben oder ob sie an verschiedenen Wechselstellen stehen.
   a) Haben sie ein und dasselbe Wechselversprechen abgegeben, z. B. die Interzedenten haben beide den Wechsel akzeptiert, so haften sie als Gesamtschuldner auch im internen Verhältnis; § 426 kommt zur Anwendung[2]).
   b) Wie gestaltet sich die Lage, wenn die mehreren Interzedenten an verschiedenen Wechselstellen stehen: der eine ist z. B. Aussteller, der andere Indossant, oder beide Interzedenten sind Indossanten, aber der eine hat den Wechsel nach dem andern indossiert? An sich würde der spätere Indossant bei Befriedigung des Gläubigers gegen den früheren bzw. der Indossant gegen den Aussteller des Wechsels vollen Regreß nehmen können, Art. 81 und Art. 41 ff. WO. Ist dieser volle Regreßanspruch auch dann berechtigt, wenn der Interzedent die Verhältnisse gekannt hat?

Zweifellos ist der volle Regreß dann ausgeschlossen, wenn zwischen beiden Interzedenten eine besondere Vereinbarung getroffen worden, bzw. wenn unter den Parteien eine zivilrechtliche Bürgschaft zustande gekommen ist, die mehreren Bürgen sich aber außerdem dem Gläubiger gegenüber in der Form des Wechsels verpflichtet haben. Der Interzedent kann sich dann im Wege der Einrede auf dieses dem Wechsel unterliegende Rechtsverhältnis berufen, Art. 82 WO. An einer besonderen Vereinbarung über den Rückgriff wird es aber unter den mehreren Interzedenten oft fehlen. Der Laie wird sich zur Interzession auch in diesen Fällen im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners entschließen. Er wird dashalb nicht mit einer eigenen Inanspruchnahme rechnen, insbesondere wird ihm die Frage des Rückgriffs auf den weiteren Interzedenten so fern liegen, daß er an eine besondere Vereinbarung mit diesem bei Übernahme der Wechselverpflichtung nicht denken wird. Soll sich darauf derjenige Interzedent, der zur Befriedigung des Gläubigers beigezogen wird, nachträglich aber

---

[2]) Vgl. hiezu Staub/Stranz, Komm. zur WO. Art. 81 Anm. 7.

die ganze Haftungslast auf den andern Interzedenten abwälzen will, berufen können, trotzdem er die ganze Sachlage kennt?

Das Reichsgericht hat sich mit dieser Frage wiederholt befaßt, vgl. RGE. 48/152ff., JurW. 1902 Beil. S. 234/35, JurW. 1903 S 245 Nr. 29. Die Fälle liegen ziemlich ähnlich; sie wurden auch vom Reichsgericht gleich entschieden; es soll daher nur die in Bd. 48 S. 152ff. niedergelegte Entscheidung näherer Betrachtung unterzogen werden. Der Tatbestand war hier folgender:

Die Kreissparkasse zu N. gewährte dem H. R. ein Darlehen von 6000 Mk. unter der Bedingung, daß zwei weitere Kreiseingesessene neben dem Hauptschuldner H. R. Bürgschaft leisteten. Hierzu erklärten sich der Kläger und der Beklagte bereit. Beiden war die Sachlage bekannt bzw. es wurden ihnen die Bestimmungen der Kreissparkasse mitgeteilt. Der Kläger und der Beklagte traten nun in der Weise für die Darlehensschuld des H. R. ein, daß der Beklagte einen von H. R. über 6000 Mk. akzeptierten Wechsel ausstellte und als erster blankoindossierte. Das zweite Blanko-Indossament setzte der Kläger auf den Wechsel. Der Beklagte leistete nun eine Abschlagszahlung von 3000 Mk. an die Kreissparkasse zu N. Der Kläger löste den Wechsel vollends ein und nahm den Beklagten als Regreßschuldner in Anspruch.

Das Reichsgericht gab der Klage statt. Aus der Begründung — S. 155 a. a. O. — ist hervorzuheben: die causa des Wechsels sei allerdings gewesen, daß sowohl Beklagter wie Kläger die Haftung für eine fremde Schuld übernommen hätten. Beide hätten den Wechsel in dieser Absicht auf Ersuchen des H. R. gezeichnet. Kläger und Beklagter hätten aber keine Bürgschaft im Sinn des Zivilrechts übernommen; es habe auch keine Absprache zwischen beiden Parteien stattgefunden. Nur soviel stehe fest, daß beide Teile wußten, der Wechsel werde gemacht, daß sich H. R. bei der Sparkasse Geld darauf verschaffe und dies erfordere zwei weitere Unterschriften. Dieser Umstand allein genüge jedoch nicht, das Regreßrecht anders als nach Wechselrecht zu gestalten. Der Standpunkt des Reichsgerichts im vorliegenden Fall wird gebilligt von Staub/Stranz[3]).

Meines Erachtens verdient bei dieser Sachlage die freiere Beurteilung des OLG., das die Klage abwies, den Vorzug. Wenn feststeht, daß dem Kläger die bei der Wechselausstellung und -Indossierung des Beklagten zugrunde liegenden kausalen Verhältnisse bekannt waren, so mußte dies der Beklagte gemäß Art. 82 WO. mit Erfolg gegen den Kläger einwenden können. In diesem Sinn spricht sich auch eine aller-

[3]) Komm. zur WO. Art. 81 Anm. 8 u. 9.

dings ältere (von 1886) Entscheidung des Reichsgerichts aus, abgedruckt in Bolze Bd. 2 Nr. 815: Wenn eine Bank als Sicherheit für die Wechsel ihres Schuldners die Unterschrift zweier Bürgen fordere, so könne daraus, daß der eine Bürge den Wechsel angenommen, der andere den Wechsel bei Kenntnis der Sachlage indossierte, nicht gefolgert werden, daß der Akzeptant, d. h. der erste Interzedent auch diesen zweiten Bürgen, nämlich den Indossanten, decken wollte.

§ 27.

Das Zusammentreffen mehrerer Interzedenten, die durch Bestellung eines Pfandes für die Schuld eines Dritten eingetreten sind.

Hier kommt die besondere Regelung in Betracht, die das Gesetz in § 1225 Satz 2 für das bewegliche Pfand, in § 1143 Abs. 2 in Verb. mit § 1173 BGB. für die Hypothek getroffen hat.

I. Die Regelung des § 1225 Satz 2 BGB.

Für das Verhältnis mehrerer Drittverpfänder wird auf die Bürgschaft verwiesen. Es fragt sich nun, wie § 774 Abs. 2 „entsprechend" anzuwenden ist? In der Literatur herrschen darüber drei Ansichten:

1. Nach der ersten Ansicht, die insbesondere von Strohal[1]) vertreten wird, ist der Ausgleich im Fall des § 1225 Satz 2, im Unterschied zu § 774 Abs. 2, nur dann begründet, wenn unter den mehreren Drittverpfändern ein besonderes Ausgleichsverhältnis besteht. Strohal führt a. a. O. aus, daß die Regelung des § 1225 Satz 2 mit der Bestimmung in § 1173 übereinstimme. Der den Gläubiger befriedigende Dritteigentümer bzw. Drittverpfänder einer dem Gläubiger haftenden Sache trete in das Pfandrecht an der Sache eines andern Drittverpfänders bzw. andern Dritteigentümers nur insoweit ein, als er von dem Eigentümer dieser Sache Ausgleichung verlangen könne. Die Drittverpfänder bzw. Dritteigentümer seien nicht Gesamtschuldner, wie die Mitbürgen; die Vorschrift des § 426 Abs. 1 Satz 1 könne daher auf mehrere Drittverpfänder oder sonstige Dritteigentümer nicht übertragen werden[2]). Der Ansicht Strohals haben sich im wesentlichen angeschlossen Sternberg[3]) und der RGRKomm.[4]).

---

[1]) in JhJ. Bd. 61 S. 94 ff.
[2]) a. a. O. S. 97 und S. 97 Anm. 65.
[3]) in Gruchot Bd. 52 S. 549 ff.
[4]) Bd. III § 1225 Anm. 2.

2. Die zweite Ansicht, die Planck[5]) vertritt, stimmt mit der ersten darin überein, daß eine Ausgleichspflicht, von besonderen Abmachungen abgesehen, unter den mehreren Drittverpfändern nicht bestehe. Der Rückgriff des Zahlenden auf die anderen Pfänder sei aber durch § 1225 Satz 2 nicht ausgeschlossen worden. Der den Gläubiger befriedigende Interzedent hat also nach Ansicht Plancks den Vorteil, daß er in vollem Umfang seinen Rückgriff auf die übrigen Pfänder erstrecken kann. Die Lösung, die Strohal[6]) ausdrücklich ablehnt, daß nämlich die Last der Schuld endgültig denjenigen trifft, der den andern mit der Befriedigung des Gläubigers zuvorkommen ließ, wird von Planck für den Fall des § 1225 Satz 2, verteidigt. Warum solle nicht, wie so oft im Leben, nach Recht und Gesetz auch hier derjenige zuerst mahlen, der zuerst komme?

3. Nach der dritten Ansicht, vertreten von Breit[7]), Bendix[8]), Schulz[9]), Koban[10]), Schmidt[11]), Staudinger[12]), Wolff[13]), ist zum Ausgleich unter den mehreren Drittverpfändern bzw. Dritteigentümern ein besonderes Rechtsverhältnis nicht notwendig. Die entsprechende Anwendung des § 774 Abs. 2 ergebe somit, daß sich Drittverpfänder im Zweifel nach Kopfteilen ausgleichungspflichtig seien; der befriedigende Drittverpfänder demnach die Gläubigerforderung gegen die andern Interzedenten nur geltend machen könne, soweit der Ausgleichsanspruch reiche.

II. Die Regelung des § 1173 BGB.

Auch die Auslegung dieser Bestimmung ist bestritten. Die h. M. in der Literatur[14]) vertritt jedoch hier die Ansicht, daß kraft der besonderen Regelung in § 1173 ein Ausgleichsverhältnis unter den mehreren Hypothekaren nur dann gegeben sei, wenn der den Gläubiger befriedigende Eigentümer von den Eigentümern eines der andern Grund-

---

[5]) Bd. III, 2. Hälfte § 1225 Anm. 2c.
[6]) in JhJ. Bd. 61 S. 61.
[7]) Gruchot Bd. 48 S. 285, 293.
[8]) BürgA. Bd. 25 S. 90 f.
[9]) Rückgriff und Weitergriff S. 69 f.
[10]) a. a. O. S. 198 f.
[11]) JhJ. Bd. 72 S. 98.
[12]) Komm. zum BGB. Bd. III, 2. Teil Bem. 2b zu § 1225.
[13]) Sachenrecht § 160 Anm. 5 u. 6 S. 559, § 165 S. 578 f.
[14]) Vgl. Strohal a. a. O. S. 87 ff., insbes. S. 92; Sternberg a. a. O. S. 548; Planck Bd. III, 2. Hälfte § 1173 Anm. 4a u. α und § 1225 Anm. 2c; RGR.-Komm. Bd. III § 1173 Anm. 6; Koban a. a. O. S. 201 ff.; Wolff a. a. O. § 148, insbes. Anm. 22 S. 519.

stücke Ersatz verlangen könne. Es muß also ein besonderes Ausgleichsverhältnis auch nach Ansicht von Wolff und Koban, die für § 1225 Satz 2, entgegengesetzter Meinung sind, im Fall des § 1173 bestehen. So betont Wolff a. a. O., daß die Gesamthypothek an sich „regreßlos" sei. Die Unebenmäßigkeit gegenüber der Ausgleichungspflicht zweier Mobiliarpfänder und zweier Mitbürgen sei eine unschädliche Ineleganz.

Vereinzelt, nämlich von Schulz[15]) und neuerdings auch von Schmidt[16]), wird die Ansicht vertreten, daß bei der Gesamthypothek auch dann, wenn eine besondere Vereinbarung unter den mehreren Hypothekaren — Interzedenten — nicht getroffen sei, ein verhältnismäßiger Ausgleich stattfinde.

III. Das Zusammentreffen von einem Pfandrecht an einer beweglichen Sache und einer Hypothek, wenn beide Pfandhaftungen für eine fremde Schuld bestehen.

Die Entscheidung dieser Frage bildet zugleich eine Überleitung zu dem Zusammentreffen mehrererer Interzedenten, die ungleichartige Verpflichtungen übernommen haben. Der hier zu behandelnde Fall steht gleichsam in der Mitte.

Auch hier werden in der Literatur die für die Auslegung des § 1225 Satz 2 bestehenden Ansichten vertreten — vgl. oben unter I —.

1. Sternberg[17]) vertritt die Ansicht, daß ein Ausgleich nur bei dem Bestehen eines besonderen Rechtsverhältnisses unter mehreren Interzedenten stattfinde.
2. Dagegen nimmt Planck[18]) auch für diesen Fall an, daß derjenige, der zuerst den Gläubiger befriedige, die Schuld endgültig auf den andern Interzedenten abwälzen könne.
3. Gegen beide Ansichten wird schließlich von Schulz[19]), Schmidt[20]), Koban[21]) und Wolff[22]) die Meinung vertreten, daß ein verhältnismäßiger Ausgleich bzw. eine Subrogation entsprechend § 426 Abs. 2 stattfinde, sobald nichts anderes vereinbart sei.

Die Stellungnahme zu der Auslegung der §§ 1225 Satz 2 und 1173 BGB., sowie zu der unter Ziff. III behandelten Frage soll erst im An-

---

[15]) a. a. O. S. 70 f.
[16]) a. a. O. S. 98.
[17]) a. a. O. S. 556.
[18]) a. a. O. § 1225 Anm. 2 c.
[19]) a. a. O. S. 70 f.
[20]) a. a. O. S. 97 f.
[21]) a. a. O. S. 203.
[22]) a. a. O. § 140 S. 487.

schluß an das noch zu besprechende Verhältnis zwischen Bürgen und Drittverpfänder bzw. Dritteigentümer eines mit einer Hypothek für fremde Schuld belasteten Grundstücks erfolgen.

II. Bei Übernahme ungleichartiger Verpflichtungen.

§ 28.

Das Zusammentreffen von Bürgschaft und Pfandbestellung für eine materiell fremde Schuld.

Der Hauptstreit in der Literatur ist im Anschluß an diese Frage entstanden. Voraussetzung ist in diesem Fall, daß ein Dritter, nicht der Hauptschuldner, für eine fremde Schuld das Pfand bestellt hat. Die Frage des Ausgleichs im internen Verhältnis löst sich einfach, wenn die Interzedenten besondere Vereinbarungen darüber getroffen haben. Für den Fall aber, daß eine Abmachung fehlt, ist es bestritten, ob überhaupt und wie der Ausgleich stattfinden soll. Es sind auch hier drei Lösungen in der Literatur vorgeschlagen worden:

1. Jeder Ausgleich unter den Interzedenten wird verneint. Es trägt immer derjenige die Schuld endgültig, von dem der Gläubiger die Befriedigung verlangt. Befriedigt also der Bürge den Gläubiger, dann ist ihm der Rückgriff auf das Pfand versagt; befriedigt umgekehrt der Drittverpfänder bzw. Dritteigentümer des Pfandes den Gläubiger, so kann er auch seinerseits keinen Ausgleich vom Bürgen verlangen. Die hier vorgetragene Lösung hält insbesondere Breit[1]) für „denkbar".
2. Ein Ausgleich findet statt, aber der Bürge ist in jedem Fall bevorzugt, sei es daß er selbst, sei es daß der Drittverpfänder den Gläubiger befriedigt. Diese Lösung verteidigt vor allem Strohal[2]). Aus § 774 in Verb. mit § 776 folge, daß das Gesetz den Bürgen in besonderem Maß habe schützen wollen. Dem Bürgen sei durch diese Bestimmung der unbeschränkte Eintritt in das Pfand- bzw. Hypothekenrecht in Aussicht gestellt, während eine dem § 776 entsprechende Bestimmung für den Drittbesteller der Sachhaftung fehle[3]). § 774 in Verb. mit § 776 könne nur dahin ausgelegt werden, „daß der den Gläubiger befriedigende Bürge in das volle Recht des

[1]) a. a. O. S. 292.
[2]) DJZ. 1903 S. 373 ff.; JhJ. Bd. 61 S. 59 ff., insbes. S. 100.
[3]) JhJ. Bd. 61 S. 79, S. 83 ff.

Gläubigers aus einer ihm (gleichviel ob vom Hauptschuldner oder) von einem Dritten bestellten Sachhaftung (Pfandhaftung, Hypothek)" eintrete. Folgerichtig müsse daher der Bürge, wenn die Befriedigung des Gläubigers durch den Drittverpfänder bzw. Dritteigentümer der haftenden Sache erfolge, insoweit frei werden, als die Forderung des Gläubigers durch den Wert der haftenden Sache gedeckt war[4]). Dieser Ansicht haben sich im wesentlichen angeschlossen Martinius[5]), Sternberg[6]), Koban[7]), Planck[8]), RGRKomm.[9]) und Enneccerus[10]). Zu dem gleichen Ergebnis wie Strohal kommt auch eine Entscheidung des OLG. Königsberg[11]) in SeuffA. Bd. 70 Nr. 85.

3. Eine dritte, sehr verbreitete Meinung in der Literatur[12]) nimmt an, daß bei dem Zusammentreffen von Bürgen und Drittpfandschuldnern ein verhältnismäßiger Ausgleich stattfinde. § 426 Abs. 1 und 2 komme analog oder direkt zur Anwendung.
   a) Diese Meinung hat gegen Strohal als erster Breit vertreten. Er leitet das Prinzip des Ausgleichs aus den Bestimmungen der §§ 774 Abs. 2, 1225 Satz 2 ab; beide Vorschriften seien der Ausdruck des allgemeinen Prinzips, daß mehrere Sicherungspflichtige im Zweifel zum Ausgleich verbunden seien. Ob jemand als Bürge, Hypothekenschuldner oder Pfandschuldner zahle, sei wirtschaftlich gleichgültig[13]).
   b) Zu demselben Ergebnis wie Breit, aber mit anderer Begründung, kommt Bendix: die Vorschrift des § 426 komme zur unmittelbaren Anwendung. „Treffen mehrere Sicherungspflichtige, z. B. Bürge, Drittverpfänder und der Eigentümer des für fremde Schuld hypothekarisch belasteten Grundstücks zusammen, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor,

---

[4]) JhJ. Bd. 61 S. 100.
[5]) DJZ. 1903 S. 543 ff.
[6]) Gruchot Bd. 52 S. 556 ff., S. 560.
[7]) a. a. O. S. 210 ff.
[8]) Bd. III, 2. Hälfte § 1225 Anm. 2c, § 1143 Anm. 3d.
[9]) Bd. III § 1225 Anm. 3, Bd. II § 774 Anm. 6.
[10]) Bd. I, 2. Abt. § 414 S. 554.
[11]) Das RG. selbst hat zu der Frage noch nicht Stellung genommen.
[12]) vertreten von Breit, Gruchot Bd. 48 S. 283 ff.; Bendix, BürgA. Bd. 25 S. 90 ff.; Cohn, JurW. 1906 S. 412 f.; Schulz, Rückgriff und Weitergriff S. 67 f.; Schmidt, JhJ. Bd. 72 S. 97; Staudinger Bd. III, 2. Teil § 1225 Bem. 2b; Wolff, Sachenrecht § 165 S. 579, § 140 Anm. 16 S. 487.
[13]) a. a. O. S. 293; ähnlich begründet Wolff a. a. O. insbes. S. 487 den Ausgleich: analog § 774 Abs. 2 und S. 1225 Satz 2 sei auch hier ein Ausgleichsverhältnis im Innenverhältnis nach gleichen Teilen anzunehmen.

wobei es unerheblich ist, ob sie die Sicherungen gemeinschaftlich mit Rücksicht auf einander oder unabhängig voneinander bestellt haben." Für ein Gesamtschuldverhältnis unter den mehreren Sicherungspflichtigen tritt auch Cohn a. a. O. und Schmidt a. a. O. ein. Ebenso Staudinger a. a. O., der allerdings Bedenken für möglich hält, der Ansicht aber beipflichtet „um des befriedigenden Endergebnisses halber".

c) Schulz will ebenfalls eine Ausgleichung „wie bei der Mitbürgschaft" stattfinden lassen; es sei aber „verkehrt und überflüssig, das Verhältnis von Bürgen und Eigentümer als wahres Gesamtschuldverhältnis zu konstruieren und den Ausgleichsanspruch aus § 426 herzuleiten"; ebenso verkehrt sei es freilich, „die Ausgleichung ganz auszuschließen, weil nicht wie bei der Mitbürgschaft zwei obligatorische Rechte, sondern ein obligatorisches und ein dingliches nebeneinander stehen".

Keine dieser drei Lösungen befriedigt voll. Was die erste Ansicht betrifft, die einen Ausgleich überhaupt verneint, so kommt sie einem Verzicht auf die Lösung des Problems gleich. Sie ist allerdings „denkbar", wie die gesetzliche Regelung des § 1173 zeigt, sie wird aber für die Regelfälle nicht befriedigen. Abzulehnen ist die Lösung, die Strohal vorschlägt. Cohn[14]) wendet dagegen mit Recht ein, daß § 776, auf den sich Strohal in erster Linie stützt, allerdings eine Schutzbestimmung zugunsten des Bürgen sei, aber doch nur „in Höhe des Ausgleichsanspruchs". Inwieweit ein solcher bestehe, sei eben die Frage; § 776 selbst bestimme nichts über das Verhältnis des Bürgen zum Drittverpfänder.

Der dritten Lösung läßt sich insoweit zustimmen, als sie einen Ausgleich unter den mehreren Interzedenten überhaupt bejaht. Eine analoge Anwendung des § 426 erscheint am Platz. Es ist nicht billig, daß derjenige, den der Gläubiger zu seiner Befriedigung herausgreift, die Schuld allein trägt. Beide Interzedenten (Bürge und Drittbesteller der Pfandhaftung) erwarten in der Regel, daß sie vom Gläubiger nicht herangezogen werden[15]). Sie haben in gleicher Weise ihr Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners gesetzt; wird dieses enttäuscht, so ist es nicht berechtigt, und läßt sich auch durch gesetzliche Bestimmungen — abgesehen von § 1173 — nicht stützen, daß nun einer allein den vollen Schaden des Einstehens für

[14]) a. a. O. S. 413.
[15]) Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 100 Anm. 1.

fremde Schuld trägt. Für die Verteilung der Haftungslast unter die mehreren Interzedenten im einzelnen ist aber die eine Schwierigkeit vorhanden, daß der Drittbesteller des Pfandes beschränkt, d. h. nur mit dem Pfand für die fremde Schuld haftet, während der Bürge eine unbeschränkte, sich auf sein ganzes Vermögen erstreckende Haftung übernommen hat. Diese Bedenken werden auch von Schmidt[16]) gestreift, er will aber „in der Frage der Ausgleichung" keinen Unterschied machen. Dieser Unterschied ist aber vorhanden und deshalb auch bei der Frage der internen Ausgleichspflicht zu berücksichtigen. Wenn Planck auf diese Mängel der von seiner Ansicht abweichenden Meinung insbesondere für das Verhältnis von Bürgen und Drittbesteller eines Pfandes hinweist, so ist er damit durchaus im Recht. „Die Annahme, daß der Eigentümer des Grundstücks oder der verpfändeten Sache und der Bürge einander zu gleichen Teilen haften, soweit sich nicht aus einem besonderen Verhältnis ein anderes ergibt, ist auch mit dem Unterschied in der Haftung des Bürgen (mit seinem ganzen Vermögen) und der des Dritteigentümers (mit dem belasteten Grundstück oder der verpfändeten Sache) nicht vereinbar."[17]) Diese Bedenken tauchen nun aber in gleicher Weise auch bei dem Zusammentreffen mehrerer Pfandhaftungen unter sich auf, also im Fall des § 1225 Satz 2, bei der Gesamthypothek und bei dem Zusammentreffen von Mobiliarpfand und Hypothek. Auch hier wollen die Interzedenten immer nur eine auf die Sache beschränkte Haftung übernehmen, sie können demnach auch nach Befriedigung des Gläubigers nicht zu einem Ausgleich verpflichtet sein, der sich auf ihr ganzes Vermögen erstreckt[18]).

Was nun den Fall der Gesamthypothek betrifft, so scheidet dieser aus, da das Gesetz hier selbst eine nicht mißzuverstehende Lösung in § 1173 gegeben hat. Treffen also mehrere Eigentümer, die mit ihrem Grundstück für eine fremde Schuld eingetreten sind, zusammen, und befriedigt einer dieser Interzedenten den Gläubiger, so ist er bezüglich des Rückgriffs auf den Hauptschuldner allein angewiesen. Ein Ausgleich unter den mehreren Eigentümern findet nur dann statt, wenn eine besondere Vereinbarung getroffen worden ist, § 1173 Abs. 2. Der h. M., die den § 1173 ebenso auslegt, ist also in diesem Fall beizutreten.

Wie ist aber der Ausgleich in den übrigen Fällen vorzunehmen?

---

[16]) a. a. O. S. 97.
[17]) Vgl. Bd. III, 2. Teil § 1143 Anm. 3 d.
[18]) Auf diese Gegengründe macht auch Planck a. a. O. § 1225 Anm. 2 c aufmerksam.

Schon Breit[19]) und Bendix[20]) machen darauf aufmerksam, daß sich die Verpflichtung der Verpfänder auf die Pfandhaft beschränke. Dies betont insbesondere von Heck[21]). Er tritt in den genannten Fällen ebenfalls für eine analoge Anwendung des § 426 ein. Eine „Gefahrgemeinschaft" sei auch dann gegeben, wenn die beteiligten Pflichten zum Teil oder ganz nicht unbeschränkte Pflichten, sondern Realschulden (Pfandschulden, Hypotheken) seien. Von Heck will aber im Unterschied zu der oben unter Ziffer 3 vorgetragenen Meinung nur den § 426 Abs. 2 in diesen Fällen voll übertragen wissen. Aus § 426 Abs. 1 sei zwar der Maßstab zu entnehmen, aber nicht die Entstehung einer persönlichen Regreßpflicht. Meines Erachtens werden auf diese Weise insbesondere die von Planck geltend gemachten Gegengründe entkräftet. Auf unsere Fälle übertragen würde demnach folgendes Ergebnis herauszustellen sein:

1. Ein Bürge trifft mit dem Drittbesteller einer Pfandhaftung (Hypothek oder bewegliches Pfand) zusammen: befriedigt in diesem Fall der Bürge den Gläubiger, so ergibt sich aus § 774 Abs. 1 und 2, daß er das Pfandrecht in Höhe seines Ausgleichsanspruchs, also im Zweifel zur Hälfte, erwirbt. Eine persönliche Ausgleichspflicht des Drittbestellers der Pfandsache entsteht nicht, § 426 Abs. 1 kommt nicht zur Anwendung. Befriedigt umgekehrt der Drittbesteller des Pfandes den Gläubiger, so geht auf ihn ebenfalls die Forderung des Gläubigers mit der hierfür bestehenden Bürgschaft über, entsprechend § 426 Abs. 2. Er kann aber die auf ihn übergegangene Gläubigerforderung ebenfalls nur zur Hälfte gegen den Bürgen geltend machen.
2. Treffen mehrere Drittbesteller eines beweglichen Pfandes zusammen, so ergibt die „entsprechende" Anwendung des § 774 Abs. 2 (die § 1225 Satz 2 vorschreibt), daß mit der Forderung des Gläubigers auf den befriedigenden Drittbesteller das Pfandrecht an den übrigen für fremde Schuld haftenden Pfändern zu verhältnismäßigem Teil übergeht. Auch hier ist demnach ein persönlicher Regreßanspruch des befriedigenden Drittbestellers, der sich auf das ganze Vermögen der übrigen Interzedenten erstrecken würde, ausgeschlossen.
3. Trifft die Pfandhaftung an einer beweglichen Sache mit einer Hypothek zusammen und haften beide, Drittverpfänder und Hypothekar, für fremde Schuld, so erwirbt der den Gläu-

[19]) a. a. O. S. 294/95.
[20]) a. a. O. S. 90/91.
[21]) im ACivPr. Bd. 122 S. 132 f.

biger befriedigende Hypothekar in Höhe seines Ausgleichsanspruchs, also im Zweifel zur Hälfte, das Pfandrecht an der beweglichen Sache und ebenso umgekehrt.

Es bleibt noch übrig, darauf hinzuweisen, daß der hier vertretene Standpunkt, der § 426 Abs. 2 auch für den Fall des § 1225 Satz 2 allein zur Anwendung kommen lassen will, sich unterscheidet von der Ansicht, die Strohal und Sternberg für die Konkurrenz mehrerer Drittverpfänder vorschlägt[22]). Auch nach dieser Ansicht soll nur § 426 Abs. 2 zur Anwendung kommen. Eine Ausgleichspflicht besteht aber nach Strohal für die Regelfälle nicht, es sei denn, daß besondere Vereinbarungen zwischen den Interzedenten bestehen. Demgegenüber soll nach der hier vertretenen Ansicht die analoge Anwendung des § 426 Abs. 2 im Fall des § 1225 Satz 2 soviel besagen: Von internen Vereinbarungen abgesehen, besteht zwischen den Drittbestellern eines Mobiliarpfands eine verhältnismäßige Ausgleichspflicht. In Höhe dieses Ausgleichsanspruchs geht das Pfandrecht auf den befriedigenden Drittbesteller über, dagegen entsteht eine persönliche Regreßpflicht des Interzedenten nicht; § 426 Abs. 1 kommt nicht zur Anwendung.

---

[22]) Vgl. oben S. 83 und hiezu auch Planck § 1225 Anm. 2c.